Das Recht zum Schutz des Einzelhandels

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Bernhard Dresse

Assessor aus Starnberg.

Würzburg 1937

Buchdruckerei Richard Mayr

Referent:
Geheimrat Prof. Dr. Laforet.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543527_0158

Gliederung.

Seite

I. Einleitung 1
1. Die Krise des mittelständischen Einzelhandels . . . 1
2. Die Aufgabe 1

II. Das Verbot der Neuerrichtung und Uebernahme einer Einzelhandelsverkaufsstelle 3
A. Allgemeines 3
1. Die grundsätzliche Bedeutung dieses Verbots . . . 3
2. Das Motiv des Gesetzgebers 3
B. Die einzelnen Bestimmungen des Einzelhandelsschutzgesetzes 3
1. Die Einzelhandelsverkaufsstelle 3
a) Der Begriff der Verkaufsstelle 3
b) Der Großhandel 5
c) Die Verkaufsstelle als Hilfsbetrieb 5
d) Zubehörgeschäfte 5
e) Das Feilhalten von Waren 8
2. Die Errichtung einer Verkaufsstelle 10
a) Der Begriff der Errichtung 10
b) Die vorübergehende Schließung einer Verkaufsstelle . 11
c) Die Hinzunahme branchefremder Warengattungen und der Branchenwechsel 11
d) Die Verlegung einer Verkaufsstelle innerhalb desselben Gemeindebezirks 14
3. Die der Errichtung einer Verkaufsstelle gleichgestellten Tatbestände 18
a) Die Erweiterung einer Verkaufsstelle . . . 18
b) Der Wechsel in der Geschäftsfirmierung . . . 18
c) Die Ausdehnung des Verkaufs auf Lebens- und Genußmittel und auf Arzneimittel 19
4. Die Übernahme einer Verkaufsstelle 20
a) Der Begriff der Übernahme 20
b) Die Arten der Übernahme 20
c) Die Übernahme bei den Gesellschaften und Genossenschaften 21
5. Die Sonderregelung für Einheitspreisgeschäfte . . 26

III. Ausnahmen von dem Errichtungs- und Übernahmeverbot . 27
A. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung . . 27
1. Die Sachkunde 27
2. Die persönliche Zuverlässigkeit 32
3. Das Fehlen einer außergewöhnlichen Übersetzung . 37
B. Die Voraussetzungen für die Errichtung eines Warenhauses, Kleinpreisgeschäftes usw. 40
C. Sondervorschriften 42
1. Für die Verlegung einer Verkaufsstelle . . . 43
2. Für die Erweiterung einer Verkaufsstelle . . . 43

Seite

3. Für den Wechsel in der Geschäftsfirmierung . . 44
4. Für die Hinzunahme von Lebens- und Genußmitteln . 44

D. Das Verfahren bei der Ausnahmebewilligung . . . 44
1. Die Art des Verfahrens 44
2. Die Beteiligten 45
3. Die Beschwerde 46
4. Die Genehmigung unter Beschränkung auf bestimmte Warengattungen 47
5. Die vorläufige Genehmigung 49
6. Irrtum der Behörde bei Erteilung der Genehmigung über deren Voraussetzungen und die erschlichene Genehmigung 50
7. Der Rechtsbestand einer nicht ausgenutzten Genehmigung 50

IV. Die übrigen Vorschriften des Einzelhandelsschutzgesetzes . 52

V. Die Einzelhandelssperre im Verhältnis zu anderen Errichtungsbeschränkungen 55

VI. Vergleich zwischen dem Recht zum Schutz des Einzelhandels und der neuen Handwerksgesetzgebung 60

Benutztes Schrifttum.

Becker: Die Reichsabgabenordnung, 7. Auflage, Berlin 1930.

Bielschowsky: Die Krise des deutschen Einzelhandels, Stuttgart 1933.

Britsch: Das Zubehörgeschäft in der Einzelhandelsschutzgesetzgebung in Badische Wirtschaftszeitung 1936 S. 82.

Clauß: Mehrfache Konzessionspflicht bei Einzelhandelsbetrieben in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1935 S. 1432.

Conrad-Floegel: Kommentar zur Reichsgewerbeordnung und zum Gaststättengesetz, Berlin 1931.

Cuntze: Von der Einzelhandelssperre zum Einzelhandelsgesetz in Bayerische Wirtschaftszeitung 1934 S. 6.

Duda: Zur Frage der außergewöhnlichen Übersetzung in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1935 S. 897.

Dyroff-Klee-Hechtel: Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 7. Auflage Ansbach 1928.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928 = Fleiner.

Frei: Gaststättengesetz, München 1930.

Friedrichs: Gaststättengesetz, Berlin 1930.

Große: Weiterhin Errichtungssperre für den Einzelhandel in Deutsche Wirtschaftszeitung, Berlin 1934 S. 559.

Hartwig: Aus der Praxis des Einzelhandelsschutzgesetzes in Bayerische Wirtschaftszeitung 1936 S. 13.

Heinig: Grundzüge für die Bedürfnisprüfung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz in Deutsche Handelswarte 1936 S. 353.

Hoffmann: Fachliche Eignung, Bedürfnis- und Gefährdungsfrage in Deutsche Wirtschaftszeitung 1934 S. 249.

Hoffmann-Meyeren: Reichsgewerbeordnung, 34. bis 35. Auflage, Berlin 1932.

Jellinek: Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1931.

Kerstiens: Kommentar zum Gaststättengesetz, 3. Auflage, Berlin 1933.

Koellreutter: Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1935.

Köstlin: Gaststättengesetz und Ausführungsbestimmungen, Stuttgart 1930.

von Landmann-Rohmer: Kommentar zur Reichsgewerbeordnung, 8. Auflage, München 1928 = Landmann.

Lange: Vom Einzelhandelsschutz zur Einzelhandelssperre in Deutsche Wirtschaftszeitung 1934 S. 727.

Leitholf: Zur Auslegung des Gesetzes zum Schutze des Einzelhandels in Bayer. Gemeinde- und Verwaltungszeitung 1934, S. 195.

Mauve: Zur Frage der persönlichen Zuverlässigkeit nach dem Einzelhandelsschutzgesetz in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1936, S. 695.

— Zum Rechtsbestand nicht ausgenutzter Genehmigungen nach dem Einzelhandelsschutzgesetz in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1936, S. 468.

— Ist die Hinzunahme branchefremder Waren genehmigungspflichtig? In Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1935, S. 2334.

— Die Behandlung von Automaten nach dem Einzelhandelsschutzgesetz in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1935, S. 2148.

— Neue Richtlinien zum Gesetze zum Schutze des Einzelhandels in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1936, S. 159.
Michel: Das Gaststättengesetz, 2. Auflage, Berlin 1935.
— Vom Gewerberecht zum Wirtschaftsrecht in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1935, S. 735.
— Nachweis der Sachkunde und Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit bei der Handhabung des Gesetzes zum Schutze des Einzelhandels in Deutsche Wirtschaftszeitung 1934 S. 1007.
— Das Einzelhandelsschutzgesetz und seine Auswirkungen auf den Einzelhandel in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1935, S. 1220.
— Das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels nach der dritten Durchführungsverordnung in Reichsverwaltungsblatt, Band 55 S. 911.
Oesterle: Das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels in Juristische Wochenschrift 1933 S. 1501.
— Die Einzelhandelssperre in ihrem Verhältnis zu anderen Errichtungsbeschränkungen in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1936, S. 414.
Pfundtner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht.
Planz: Sachkunde im Einzelhandel in Deutsche Handelswarte 1936, S. 215.
Reger-Stössel: Handausgabe der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 8. Auflage, Ansbach 1929.
Rother: Das Gaststättengesetz und das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels in Deutsche Wirtschaftszeitung, Berlin 1936, S. 557.
Scherer: Branchenbereinigung im Einzelhandel in Deutsche Handelswarte, 1936, S. 231.
Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 9. Auflage, München 1925 = Staudinger.
Stöltung: Warenhaus oder Kaufhaus? in Deutsche Wirtschaftszeitung 1934, S. 846.
Stritzke: Praktische Fragen im Einzelhandelsschutzgesetz in Deutsche Verwaltungsblätter, 1934, S. 331.
le Viseur: Der Mangel der erforderlichen persönlichen Zuverlässigkeit als Versagungsgrund für die Genehmigung einer offenen Verkaufsstelle nach dem Einzelhandelsschutzgesetz in Wirtschaftsblatt 1935, S. 1223.
— Handel in Hausfluren in Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 1936, S. 306.

Abkürzungen.

GVBl.	=	Gesetz- und Verordnungsblatt
JW.	=	Juristische Wochenschrift
RG.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Reger	=	Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, begründet von Reger, jetzt herausgegeben von Oeschey.
RGBl.	=	Reichsgesetzblatt.
VGH.	=	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs.

I. Einleitung.

1. Das Parteiprogramm der NSDAP. vom 24. Februar 1920 enthält im Art. 16 als einen der wesentlichsten wirtschaftlichen Programmsätze die Schaffung und Erhaltung eines gesunden Mittelstandes, also den Schutz und die Förderung des Handwerks und des Einzelhandels, soweit letzterer nicht in der Form der kapitalistischen Warenhäuser, Einheitspreisgeschäfte usw. betrieben wird. Gerade der mittelständische Einzelhandel wurde in der Zeit der wirtschaftlichen Krise in seinem Bestand besonders schwer bedroht. Die meist in der Form einer anonymen Kapitalgesellschaft betriebenen Warenhäuser und ähnlichen Unternehmen waren bestrebt, sich durch Gründung neuer Filialen immer mehr auszudehnen. Der kleine Kaufmann war natürlich im Konkurrenzkampf mit diesen Großunternehmen von vornherein unterlegen. Die Größe des Umsatzes ermöglichte den Großbetrieben mit einer ganz geringen Gewinnspanne zu rechnen. Durch den schnellen Umsatz hatten Warenhaus und Einheitspreisgeschäft kaum Rückstände an leicht verderblichen Waren und waren in Modeartikeln immer auf dem Laufenden. Die von zentraler Stelle von einem Fachmann geleitete Reklame, die zu gegebener Zeit z. B. nicht davor zurückscheute, eine ganze Seite einer Zeitung für sich zu belegen, war den Werbemethoden des kleinen Kaufmanns, der oft nur wenige Waren anzupreisen hatte, weit überlegen. Hand in Hand mit der Ausbreitung dieser Großbetriebe erfolgte ein mit der wirtschaftlichen Konjunktur vollkommen im Widerspruch stehender Zustrom von stellungslos gewordenen Volksgenossen, die, ohne die erforderlichen Erfahrungen und Mittel zu besitzen, versuchten, sich im Einzelhandel eine Existenz zu gründen, und dabei selbst Schiffbruch leidend, die bestehenden Geschäfte schwer beeinträchtigten.

2. Um dieser Not des mittelständischen Einzelhandels zu steuern, hat die nationale Regierung als eines ihrer ersten Wirtschaftsgesetze in Erfüllung des Art. 16 des Parteiprogramms am 12. Mai 1933 das Gesetz zum Schutze des Einzelhandels mit einer gleichzeitigen

Durchführungsverordnung RGBl. I S. 262 und S. 267) erlassen. Das Gesetz, für das ursprünglich als reine Sperrvorschrift eine befristete Geltung vorgesehen war, ist durch die Gesetze vom 15. Juli 1933, 27. Juni, 13. Dezember 1934 und vom 9. Mai 1935 (RGBl. 1933 I S. 493; 1934 I S. 523, 1241; 1935 I S. 589) weitgehend geändert worden und gilt nunmehr unbefristet. Die Durchführungsverordnung hat am 23. Juli 1934 (RGBl. I S. 726) eine neue Fassung erhalten. Da das äußerst knapp gehaltene Gesetz nur andeutungsweise einen Überblick über seine Tragweite gibt, soll das nun geschaffene „Recht zum Schutz des Einzelhandels", das nicht nur für die Angehörigen des Einzelhandels von weittragender Bedeutung ist, in seinen Auswirkungen und Beziehungen zu anderen die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einschränkenden Vorschriften eingehender untersucht werden.

II. Das Verbot der Neuerrichtung und Übernahme einer Einzelhandelsverkaufsstelle.

A.

1. Mittelpunkt der neu geschaffenen Rechtslage bildet das in § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes ausgesprochene grundsätzsätzliche Verbot der Errichtung und Übernahme von Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf feilgehalten werden. Mit diesem Verbot ist der der liberalen Weltanschauung entsprungene und in der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869 (§ 1) proklamierte und in der Weimarer Verfassung (Art. 151 Abs. III) aufrecht erhaltene Grundsatz der Gewerbefreiheit für den Einzelhandel aufgehoben worden.

2. Wenn auch in der Gewerbeordnung selbst und in verschiedenen Spezialgesetzen wie der Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 13. Juli 1923 (RGBl. 1923 I S. 706)[1]) vereinzelt Bestimmungen enthalten sind, die den Auswüchsen einer zügellosen Gewerbefreiheit zu begegnen versuchen, so war für den Gesetzgeber das Motiv für den Erlaß solcher Bestimmungen in keinem Fall der Schutz des betreffenden Gewerbes, sondern immer der Schutz der Allgemeinheit vor einem etwaigen Mißbrauch der Gewerbefreiheit. Anders beim Einzelhandelsschutzgesetz. Hier verfolgt der Gesetzgeber, wie schon der Titel des Gesetzes und insbesondere der von der Reichsregierung dem Gesetz vorangeschickte Vorspruch klar zum Ausdruck bringt, den Schutz und die Sicherung des mittelständischen Einzelhandels. Dieses Motiv des Gesetzgebers ist wie bei allen Gesetzen bei der Entscheidung von Zweifelsfragen immer im Auge zu behalten.

B.

1. a) Bei der Untersuchung der Frage, welche Einzelhandelsbetriebe von der Vorschrift des § 2 Abs. 1 des Einzelhandelsschutzgesetzes erfaßt werden, ist zunächst zu untersuchen, welche Geschäfte als

1) Diese Verordnung gilt gegenwärtig in der Fassung der Verordnung vom 26. Juni 1924, des Gesetzes vom 19. Juli 1926, des Lebensmittelgesetzes vom 5. Juli 1927 und der Gesetze vom 23. März 1934 und 19. Dezember 1935 (RGBl. 1924 I S. 661, 1926 I S. 413, 1927 I S. 134, 1934 I S. 213, 1935 I S. 1516).

Verkaufsstellen anzusehen sind. Der Begriff der „Verkaufsstelle" ist bereits aus § 41 a und aus den §§ 139 c ff. GO. bekannt. Hiernach fallen darunter alle Räume, in denen Waren gewerbsmäßig zum Verkauf an den Verbraucher bereitgehalten werden. Keinerlei Rolle spielt dabei die Lage, Beschaffenheit und Einrichtung der Verkaufsstelle. Es gelten nicht nur die Läden, die die übliche Form einer Verkaufsstelle darstellen, sondern auch alle anderen Räume, die den gleichen wirtschaftlichen Zwecken dienen, wie Etagen- und Hofgeschäfte, Kioske, Automaten, Tische, Wagen und ähnliche Einrichtungen, ja selbst Verkaufsgelegenheiten in Wohnungen, zu denen nur auf Anläuten dem Publikum Zugang gewährt wird, als Verkaufsstellen im Sinne des Gesetzes[2]). In Schrifttum und Rechtsprechung wird jedoch vielfach übersehen, daß es sich im Einzelhandelsschutzgesetz im Gegensatz zur Gewerbeordnung (§§ 41 a und 139 ff.) nicht lediglich um „offene Verkaufsstellen" handelt. Die schematische Übernahme der in den Kommentaren zur Reichsgewerbeordnung enthaltenen Begriffsbestimmung der offenen Verkaufsstelle[3]) verstößt sowohl gegen den Wortlaut wie gegen den Sinn des Gesetzes. Es ist daher nicht erforderlich, daß die zum Verkauf bereitgestellten Waren jedem Kaufliebhaber zugänglich sind, sondern es genügt, daß die Waren für einen bestimmten abgegrenzten Personenkreis bereitgehalten werden. Es ist demnach z. B. eine unerlaubte Neuerrichtung einer Verkaufsstelle, wenn eine Firma die Einzelhandelssperre dadurch zu umgehen versucht, daß sie in Haushaltungen kleine mit ihren Waren gefüllte Blechautomaten aufstellt, aus denen die Mitglieder des Haushalts gegen Barzahlung ihren Bedarf an Haushaltsgegenständen entnehmen können[4]).

Auf Grund ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes (§ 4) gelten als Verkaufsstellen auch die Verteilungsstellen der Konsumvereine und Werkskonsumanstalten, obwohl diese Betriebe nicht gewerbsmäßig, d. h. in der Absicht einen Gewinn zu erzielen betrieben wer-

2) siehe Landmann Anm. 2 zu § 41 a, sowie Oesterle in JW. 1933 S. 1501.
3) so Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht III Wirtschaftsrecht c Handel und Gewerbe. Einzelhandelschutzgesetz Anm. 1 zu § 2; Oesterle in JW. 1933 1501 und Badischer Verwaltungsgerichtshof in JW. 1935, 2680.
4) OLG Dresden in JW. 1935, 2388.

den, sondern die Warenverteilung ausschließlich unter ihren Mitgliedern vornehmen.

b) Als grundlegende Beschränkung des Begriffs „Verkaufsstelle" ist jedoch zunächst zu beachten, daß Verteilungsstellen des Großhandels nicht unter das Einzelhandelsschutzgesetz fallen. Dies folgt einerseits bereits aus der oben dargelegten Begriffsbestimmung, wonach die Verkaufsstelle dazu bestimmt ist, die Waren an den Verbraucher unmittelbar weiterzuleiten; anderseits rechtfertigt sich dieser Schluß aus der Bezeichnung und der Eingangsformel des Gesetzes, die als Gesetzeszweck ausdrücklich den Schutz des Einzelhandels angeben[5]).

c) Aus dem gleichen Grund — Zweck und Bezeichnung des Gesetzes — erstreckt sich die Sperre auch nicht auf solche Verkaufsstellen, die als Hilfsbetrieb eines anderen Unternehmens, z. B. eines handwerklichen oder landwirtschaftlichen Betriebes angesehen werden müssen, wenn sie dem Verkauf der in dem Hauptbetrieb hergestellten oder gewonnenen Waren dienen und mit dem Hauptbetrieb in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang stehen[6]).

Derartige Hilfsbetriebe sind vor allem die Verkaufsstellen der Bäcker, Metzger und Gärtner. Als selbsthergestellte Waren sind aber nicht nur solche Waren anzusehen, deren gesamte Herstellung ausschließlich in dem betreffenden Hauptbetrieb vorgenommen worden ist, sondern auch solche Waren, bei denen die handwerkliche Tätigkeit sich auf die Weiterverarbeitung von Halbfabrikaten beschränkt (z. B. Bearbeitung von Hutformen in Putzmachereien)[7]).

d) Ebenso sind solche Unternehmungen nicht als Einzelhandelsverkaufsstellen zu betrachten, die in der Hauptsache der Vornahme handwerklicher Leistungen dienen und bei denen der Warenverkauf nicht über den üblichen Rahmen eines Zubehörgeschäfts hinausgeht. So darf der Maler Farben, der Friseur Haaröl, Rasierklingen und ähnliche in sein Gewerbe einschlägige Artikel, der Photo-

5) Oesterle in JW. 1933 S. 1502.
6) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dez. 33 — III A 18008/33; Kammergericht in JW. 1936 S 942 und Bayer. Oberstes Landesgericht in „Höchstrichterliche Rechtsprechung" 1934 Nr. 1654.
7) Runderlaß des Reichswirtschaftsminist. v. 16. Dez. 33 — III A 18008/33.

graph Filme[8]), der Inhaber einer Auto- und Motorradreparaturwerkstätte Ersatzteile- wie Reifen, Mäntel, Zündkerzen usw. verkaufen[9]), die Strickerin darf der Kundin Wolle mitgeben, damit diese Ausbesserungen vornehmen kann.

Das gleiche gilt für Gast- und Schankwirtschaften, zu denen auch die Trinkhallen gehören[10]), sowie für die sog. Speisewirtschaften[11]), solange in diesen Betrieben nur solche Waren feilgehalten werden, die nach den Anschauungen des Verkehrs zur Befriedigung der Gäste erforderlich und daher als zum Gast- und Schankwirtschaftsgewerbe gehörig anzusehen sind[12]). Dies sind insbesondere Rauchwaren, Streichhölzer, Zeitungen, Ansichtskarten und ähnliche Waren, die der Gast üblicherweise in solchen Wirtschaftsbetrieben zu verlangen pflegt. Die Abgabe solcher Genußmittel und Bedarfsgegenstände hält sich jedoch nur solange im Rahmen eines Zubehörgeschäfts, als die folgenden Voraussetzungen gewahrt sind.

Die Menge der abgegebenen Zubehörwaren darf nicht über das zum sofortigen Verbrauch zulässige Maß hinausgehen, der Gast darf also die Rauchwaren usw. nicht auf Vorrat erwerben, wobei es allerdings nicht erforderlich ist, daß diese Artikel auf der Stelle noch in den Räumen der betreffenden Gast- und Schankwirtschaft völlig verbraucht oder verzehrt werden[13]).

Weiter dürfen diese Zubehörwaren nur an einen Gast abgegeben werden; dieser muß also mindestens gleichzeitig eine zubereitete

---

8) OLG München in „Höchtsrichterliche Rechtsprechung" 1936 Nr. 241 = Deutsches Gewerbe-Archiv 1936 S. 90.

9) Zu weitgehend die Regierung v. Oberbayern in der Regierungsentschl. v. 8. 6. 1933 Nr. 7536 b c 548, nach der für einen Uhrmacher, der die Meisterprüfung bestanden hat, der Verkauf von Uhren als Zubehörgeschäft anzusehen ist, da eine Weiterentwicklung der in dieser Entschl. enthaltenen Gedankengänge dazu führen muß, daß der Verkauf aller der Gegenstände, auf die sich die technische Sachkunde des betreffenden Handwerkers erstreckt, so letzten Endes der Verkauf von Autos beim Automechaniker, noch als Zubehörgeschäft anzusehen ist.

10) Bayer. Verwaltungsgerichtshof in Reger 50 S. 404.

11) Speisewirtschaften sind solche Wirtschaften, die sich auf den Verkauf zubereiteter Speisen zum Genuß auf der Stelle beschränken (Michel Gaststättengesetz § 25 Anm. I). Da der Betrieb nicht als Handelsgewerbe im Sinne des § 105 b der Gewerbeordnung gilt, (vgl. Landmann § 105 b Anm. 2 am Ende) sind sie ebenfalls keine Verkaufsstellen im Sinne des Einzelhandelsschutzgesetzes.

12) Michel Gaststättengesetz § 1 Anm. 5.

13) Kammergericht in Reger 50 S. 5.

Speise oder ein Getränk bestellen, bzw. zur Beherbergung aufgenommen sein. In Ausnahmefällen kann der Besuch einer Schankwirtschaft auch lediglich zum Genuß der mit den Räumlichkeiten verbundenen Bequemlichkeiten, zu unterhaltenden oder belehrenden Zwecken erfolgen[14].) Wer eine Schankwirtschaft betritt, lediglich um eine Schachtel Zigaretten zu kaufen, ist daher nicht Gast. Hierbei ist es unter dem Gesichtspunkt des Einzelhandelsschutzgesetzes unerheblich, ob der Kauf vor oder nach Ladenschluß erfolgt.

Schließlich muß der Betriebsinhaber die Zubehörwaren im eigenen Namen, für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortung abgeben; er darf insbesondere nicht einen Stand innerhalb seiner Räumlichkeiten an eine dritte Person vermieten, die auf eigene Rechnung den Handel mit den Zubehörwaren betreibt[15]).

Hält sich der Verkauf von Zubehörwaren nicht in dem geschilderten Rahmen so liegt neben dem Gast bezw. Schankwirtschaftsbetrieb eine selbständige Einzelhandelsverkaufsstelle vor[16]).

Die an sich als Hilfsbetrieb eines anderen Unternehmens eingerichtete Verkaufsstelle wird in jedem Falle zu einer selbständigen Verkaufsstelle, wenn außer den der Branche des Hauptbetriebes entsprechenden, ganz oder überwiegend aus diesem Betrieb stammenden Waren auch branchefremde Waren feilgehalten werden oder über den Rahmen eines Zubehörgeschäfts hinaus Waren zum Verkauf bereitgehalten werden, welche mit den gewerblichen Leistungen des Betriebes in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen; so wenn ein Uhrmacher den Verkauf von Gold- und Silberwaren oder gar ein Friseur den Verkauf von Tabakwaren betreibt.

Keine Zubehörgeschäfte sind ferner die Bahnhofsverkaufsstellen, da der Einzelhandel und die Personen- und Güterbeförderung zwei vollkommen voneinander verschiedene Wirtschaftsbetriebe sind. Auch aus der Sonderstellung, die die Verkaufsstellen auf Bahnhöfen oder bahneigenem Gelände auf Grund des § 6 der GO. und des § 16 des Reichsbahngesetzes vom 30. VIII. 1924 (RGBl. II S. 272) genießen, kann eine Befreiung der Bahnhofsverkaufsstellen vom Einzelhandelsschutzgesetz nicht hergeleitet werden, da diese Vorschrif-

14) Michel, Gaststättengesetz § 1 Anm. 5.
15) so auch Rother in „Deutsche Wirtschaftszeitung" 1936 S. 557.
16) Rother a. a. O.

ten lediglich gewerbepolizeilicher Art sind, das Einzelhandelsschutzgesetz aber ein wirtschaftspolitisches Gesetz ist[17]).

e) Eine gewisse Einschränkung erfährt das Verbot des § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes weiter dadurch, daß in der Verkaufsstelle Waren feilgehalten werden müssen. Den Begriff „Waren" hat der Gesetzgeber bereits im Handelsgesetzbuch (§ 1 Abs. II Ziff. 1) definiert. Hiernach sind unter Waren bewegliche Sachen mit Ausnahme der Wertpapiere zu verstehen. Es scheiden daher die Bankgeschäfte und die Geschäfte der Lotterieeinnehmer — Lotterielose sind als Schuldverschreibungen auf den Inhaber ebenfalls Wertpapiere[18]) — als Verkaufsstellen im Sinne des Einzelhandelsschutzgesetzes aus[19]).

Schließlich ist noch erforderlich, daß die Einzelhandelsverkaufsstellen nicht nur allgemein dem Handel mit Waren dienen, sondern daß die Waren dort zum Verkauf feigehalten werden, d. h. die Waren müssen für das kaufende Publikum sichtbar oder unsichtbar verkaufsgegenwärtig vorhanden sein, also in dem Verkaufsraum oder einem in unmittelbar räumlichem Zusammenhang stehenden Ausstellungs- oder Lagerraum zur Übergabe an den Käufer bereitgehalten werden. Hiermit scheiden alle Geschäftsräume aus, in denen unter räumlicher Trennung von etwa vorhandenen Lagerräumen die Waren lediglich zur Besichtigung aufliegen oder in denen lediglich Bestellungen entgegengenommen werden[20]). Es werden also insbesondere die Versandgeschäfte vom Einzelhandelsschutzgesetz nicht erfaßt, was allerdings vom Einzelhandel als bedeutender Mangel empfunden wird.

Trotz Vorhandenseins sämtlicher Tatbestandsmerkmale fällt eine Reihe von Verkaufsstellen kraft gesetzlicher Sonderbestimmungen nicht unter das Einzelhandelsschutzgesetz. Das Gesetz selbst nimmt in § 6 ausdrücklich das Feilhalten von Waren auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen, das Feilhalten von Waren im Gewerbebetrieb im Umherziehen, im Marktverkehr und auf Ausstellungen aus. Für die Abgrenzung dieser Fälle gegenüber den festen Ver-

17) Oesterle in JW. 1933 S. 1502.
18) Staudinger, § 793 Anm. I 1 b.
19) Reichsarbeitsgericht in JW. 1935 S. 1359.
20) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dezember 1933 — III A 18008/33.

kaufsstellen des § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes finden die allgemeinen für die §§ 42 a und 42 b der GO. geltenden Grundsätze Anwendung. In allen den Fällen, in denen der Platz, auf dem sich die Verkaufsstelle befindet, der ausschließlichen Verfügungsbefugnis des Verkäufers unterliegt und deshalb nicht mehr zu der öffentlichen Straße oder dem öffentlichen Platz gehört, so wenn dem Inhaber der Verkaufsstelle als Eigentümer, Mieter oder auf Grund einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) ein ausschließliches Recht zum Besitz der Geschäftsräume zusteht[21]), fällt die Verkaufsstelle nicht mehr unter die Ausnahmebestimmung des § 6, sondern unter das Verbot des § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes. Dies gilt insbesondere auch für den in Großstädten häufig anzutreffenden Handel in Hausfluren[22]). Hier erwirbt der Hausflurhändler auf Grund eines Mietvertrages das Recht auf privatem Grund und Boden seinen in der Regel recht primitiven Verkaufsstand zu errichten. Der Unterschied zwischen einem gewöhnlichen Laden und einem Hausflurstand ist im übrigen gar nicht so groß. Diese beiden Betriebsformen des Einzelhandels unterscheiden sich in ihrer äußeren Form letzten Endes nur durch das Fehlen einer Türe voneinander.

Im übrigen gehören zu den durch § 6 des Einzelhandelsschutzgesetzes ausgenommenen Marktveranstaltungen, wie sich aus dem Wort Marktverkehr und der darin enthaltenen Verweisung auf die Vorschriften des Titels IV der Reichsgewerbeordnung ergibt, nur die öffentlichen Märkte (Messen, Jahr- und Wochenmärkte), nicht aber die Privatmärkte. Die Errichtung eines Privatmarktes ist daher ebenso wie die Errichtung einer privaten Markthalle als Errichtung einer Verkaufsstelle gemäß § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes zu betrachten[23]).

---

21) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dezember 1933 — III A 18008/33.

22) Anderer Ansicht le Viseur in „Wirtschaftsblatt" der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1936 S. 306, der zu Unrecht davon ausgeht, daß der Hausflurstand mit der Öffentlichkeit in unmittelbarer Verbindung steht, dabei jedoch das zwischen Hausflurhändler und Hausbesitzer bestehende Rechtsverhältnis anscheinend übersieht.

23) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dez. 1933 — III A 18008/33.

Das Einzelhandelsschutzgesetz findet ferner bei den Betrieben keine Anwendung, für die bereits Sonderregelungen gelten, die das wirtschaftliche Problem, dem das Einzelhandelsschutzgesetz seine Entstehung verdankt, bereits mit strengeren oder dem Sinn nach gleichen Vorschriften zu lösen versuchen. So ist es selbstverständlich, daß das Einzelhandelsschutzgesetz hinter den für die Errichtung, Übernahme und Verlegung von Apotheken durch § 6 der GO. aufrecht erhaltenen strengen landesrechtlichen Sonderbestimmungen[24]), die auf diesem Gebiet eine Gewerbefreiheit nie gekannt haben, zurücktreten muß. Im übrigen wären hier noch eine ganze Reihe von Einzelhandelsbetrieben zu nennen, bei denen neben der Einzelhandelssperre noch weitere gesetzliche Beschränkungen bestehen, in denen jedoch die Entscheidung der Frage, ob die beiden Beschränkungen nebeneinander bestehen, oder ob das Einzelhandelsschutzgesetz von der betreffenden Sonderreglung als einer lex specialis ausgeschlossen wird, nicht leicht und nur dann zu beantworten ist, wenn die beiden diesbezüglichen Gesetze unter eingehender Erforschung ihres Zweckes und ihrer Einzelvorschriften einander gegenübergestellt werden. Eine vergleichende Betrachtung der in Frage kommenden Fälle kann aber erst nach der genauen Untersuchung der einzelnen Bestimmungen des Einzelhandelsschutzgesetzes mit Erfolg durchgeführt werden.

2. a) Verboten ist zunächst die Errichtung einer neuen Verkaufsstelle. Errichtung ist die tatsächliche Eröffnung der Verkaufsstelle für das Publikum. Der Errichtung einer Einzelhandelsverkaufsstelle gehen notwendigerweise gewisse Vorbereitungshandlungen voraus. Eine Gesellschaft wird gegründet; eine Firma wird gemäß § 29 HGB zum Handelsregister, der Geschäftsbetrieb nach § 14 der GO. bei der zuständigen Verwaltungsbehörde angemeldet; der Unternehmer mietet die Geschäftsräume und schließt Verträge mit Angestellten ab. Alles dies sind Handlungen, die die bestehenden Einzelhandelsgeschäfte in keiner Weise gefährden und um die sich das Einzelhandelsschutzgesetz seinem Zweck entsprechend deshalb auch nicht kümmert. Erst wenn eine Verkaufsstelle zum Zwecke des Einzelhandels auch tatsächlich eröffnet ist, d. h. dem Publikum

24) Siehe Landmann, § 6 Anm. 4.

zum Zwecke des Kaufens zugänglich gemacht wird und somit im Wirtschaftsleben als Einzelhandelsbetrieb in Erscheinung und mit den gleichartigen Unternehmen in Wettbewerb tritt, gilt sie als errichtet im Sinne des § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes[25]).

b) Entsprechend dem Zweck des Gesetzes, eine Vermehrung der bereits bestehenden Verkaufsräume zu verhindern, ist die auf eine nur vorübergehende Schließung folgende Wiedereröffnung einer Verkaufsstelle nicht als verbotene Neuerrichtung einer neuen, sondern als Weiterführung einer bestehenden Verkaufsstelle zu behandeln (z. B. bei Neuherrichtung des Ladens, Krankheit des Inhabers usw.)[26]). Es ist jedoch erforderlich, daß der Geschäftsinhaber bereits bei Beginn der vorübergehenden Schließung der Verkaufsstelle die Absicht hat dieselbe wieder zu eröffnen, da es sich sonst begrifflich nicht mehr um eine Weiterführung einer bestehenden Verkaufsstelle handelt. Das gleiche muß gelten für Verkaufsstellen, die infolge besonderer örtlicher Verhältnisse (Fremdenverkehrsorte) regelmäßig nur während einer bestimmten Jahreszeit offengehalten werden, da nur während dieser Zeit eine Nachfrage nach den geführten saisonbedingten Waren besteht. Hier ist die Unterbrechung des Geschäftsbetriebs verkehrsüblich und durch die wirtschaftlichen Verhältnisse bedingt[27]). Wollte man sich auf den Standpunkt stellen, daß es sich bei der saisonbedingten Wiedereröffnung der Verkaufsstelle um eine Neuerrichtung handelt, so würde man die Geschäftsinhaber nur zwingen ihren Betrieb monatelang in unwirtschaftlicher Weise fortzuführen.

c) Nach dem Wortlaut des Einzelhandelsschutzgesetzes kann es grundsätzlich nicht als Neuerrichtung einer Verkaufsstelle angesehen werden, wenn ein Geschäftsinhaber sein Geschäft durch Aufnahme neuer Warengattungen in seine bereits bestehende Verkaufsstelle erweitert oder sich auf den Verkauf einer anderen Warengattung umstellt und dabei gleichzeitig den Verkauf der ursprünglich von ihm geführten Waren fallen läßt; denn das Gesetz selbst verbietet lediglich die Ausdehnung des Verkaufs auf Lebens- und Genußmit-

25) Badischer Verwaltungsgerichtshof in JW. 1934 S. 191.
26) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dezember 1933 III A 18008/33.
27) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dezember 1933 — III A 18008/33.

tel, sowie auf Arzneimittel in Verkaufsstellen, in denen ausschließlich oder überwiegend andere Waren zum Verkauf feilgehalten werden (§ 3 Ziff. 5 und 6). Durch Umkehrschluß muß an sich aus dieser Gesetzesvorschrift in allen anderen Fällen die Zulässigkeit der Ausdehnung des Warensortiments, auch soweit es sich um Waren anderer Branchen handelt, sowie des Branchenwechsels überhaupt geschlossen werden[28]). Das Gesetz hat jedoch eine andere einer Gesetzesänderung gleichkommende amtliche Auslegung durch den Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 10. Januar 1936 — V 26152/35 — erfahren. Danach hat auch als Neuerrichtung einer Verkaufsstelle zu gelten, wenn in einer Verkaufsstelle solche Waren hinzugenommen werden, die im Verhältnis zu den bisher in der betreffenden Verkaufsstelle geführten Waren völlig artfremd sind und die in keinerlei innerem Zusammenhang mit den bisher geführten Waren stehen. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Schirmgeschäft den Vertrieb von Zigaretten aufnimmt. Im Einzelfall darf jedoch zur Beurteilung des inneren Zusammenhangs die neu aufgenommene Warengattung nicht den bisher geführten Waren schematisch gegenübergestellt, es muß vielmehr auf die örtliche Lage der betreffenden Verkaufsstelle in weitgehendem Maße Rücksicht genommen werden. Besonders auf dem Lande herrscht häufig die Übung in ein und demselben Geschäft verschiedene ihrer Herkunft und Verwendung nach sich ausschließende Waren zu führen. Der innere Zusammenhang wird in solchen Fällen immer dann noch zu bejahen sein, wenn das Publikum am einzelnen Ort üblicherweise voraussetzt, daß mehrere an sich verschiedenartige Waren in ein und derselben Verkaufsstelle geführt werden.

Der erwähnte Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 10. Januar 1936 erklärt es auch für eine Neuerrichtung einer Verkaufsstelle, wenn in einer Verkaufsstelle einer bestimmten Branche neben den branchezugehörigen Waren wenige Waren einer anderen Warengattung geführt wurden und der Inhaber des Geschäfts plötzlich dazu übergeht, überwiegend oder gar ausschließlich die Waren dieses Handelszweigs zu führen, oder wenn der Geschäftsinhaber

28) so Badischer Verwaltungsgerichtshof in JW. 1935 S. 2679 und der Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dezember 1933 — III A 18008/33.

gar plötzlich einen vollkommenen Branchenwechsel vornimmt, das heißt wenn er die bisher geführte Warengattung aufgibt und sich auf den Verkauf anderer Waren verlegt. Voraussetzung ist dabei jedoch immer, daß diese Umstellung plötzlich und nicht im Zuge einer allmählichen, schrittweise vor sich gehenden Entwicklung erfolgt.

Nachdem dieser Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 10. Januar 1936 dem Einzelhandelsschutzgesetz eine dem Wortlaut des Gesetzes entgegenstehende ausdehnende Auslegung gibt, mag seine rechtliche Bedeutung kurz untersucht werden. Die Runderlasse des Reichswirtschaftsministers sind nicht Gesetze im materiellen Sinn. Daß sie nicht Gesetze im formellen Sinn sind, bedarf keiner näheren Darlegung. Sie sind aber auch keine die Staatsbürger wie die Behörden bindende Rechtsverordnungen. Dies ergibt sich aus der Form und dem Inhalt der Runderlasse, die sich im Gegensatz zur Durchführungsverordnung auch nicht auf die Ermächtigung der §§ 5 und 11 des Einzelhandelsschutzgesetzes stützen. Sie widersprechen zunächst vollkommen dem hergebrachten Stil der Rechtsverordnungen. Während die Rechtsverordnungen als Gesetze im materiellen Sinn ausnahmslos in allgemeiner, irgendwelche Zweifel ausschließender Form gefaßt sind, bringt hier der Verfasser der Runderlasse selbst seinen eigenen Zweifel dadurch zum Ausdruck, daß er nicht selten seine Sätze in die zweifelhafte Form des Konjunktivs kleidet und seine eigenen Bedenken durch die Worte „meines Erachtens" zu erkennen gibt. Auch das häufige Anführen von Beispielen steht mit der hergebrachten Form der Rechtsverordnungen im Widerspruch. Schließlich fehlt es auch noch an einer ordnungsmäßigen Verkündung der Runderlasse, die in ihrer vollständigen Form meist nur bis zu den Behörden gelangen. Die Runderlasse können daher nur als Verwaltungsverordnungen gelten[29]), die sich unmittelbar nur an die Behörden wenden und nur diese binden. Für den Staatsbürger ist es zwar wichtig zu wissen, welche Verwaltungsverordnungen ergangen sind, da er

29) Der Unterschied von Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung wird im Hinblick auf Artikel 5 des Neuaufbaugesetzes vom 30. Januar 1934 im staatsrechtlichen Schrifttum mit Recht auch heute noch aufrechterhalten. (siehe Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, Seite 57).

aus ihnen ersieht, nach welchen Richtlinien die Behörden bei der Durchführung des Gesetzes zu verfahren haben, sie binden ihn jedoch nicht unmittelbar. Die zum Einzelhandelsschutzgesetz ergangenen Runderlasse kommen in ihrer Wirkung für den Staatsbürger jedoch Rechtsverordnungen gleich, da die auf Grund der §§ 5 und 11 des Einzelhandelsschutzgesetzes erlassene, für die Zulassung einer Ausnahme maßgebende Durchführungsverordnung keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Genehmigung, sondern lediglich Richtlinien, die die Behörden binden, gibt[30]).

Für die Polizeibehörden, die nach § 8 des Einzelhandelsschutzgesetzes Verkaufsstellen, die entgegen der Verbotsvorschrift des Einzelhandelsschutzgesetzes errichtet worden sind, zu schließen haben, wie für die Gerichte, die gemäß § 9 des Einzelhandelsschutzgesetzes Verstöße gegen die Verbotsvorschriften des Gesetzes zu ahnden haben, entsteht nun die Frage, wann ein Runderlaß, der geradezu neues Recht schafft, für die davon betroffenen Mitglieder des Einzelhandels Geltung erlangt. Da auf jeden Fall das Gesetz im Mittelpunkt des Rechtslebens zu stehen hat, darf ein Runderlaß auch hinsichtlich seiner zeitlichen Geltung nicht mehr Bedeutung als ein ordentliches Gesetz haben. Wenn somit ein Geschäftsinhaber vor Erlaß des Runderlasses des Reichswirtschaftsministers vom 10. Januar 1936 in seiner Verkaufsstelle zu den bisher geführten Waren eine artfremde Warengattung hinzugenommen hat, so braucht er diese Umstellung nicht mehr rückgängig zu machen.

d) Obwohl die Verlegung einer Verkaufsstelle notwendigerweise die Errichtung einer neuen Verkaufsstelle in sich begreift, gilt es auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift (§ 2 Abs. II des Einzelhandelsschutzgesetzes) nicht als Errichtung einer Verkaufsstelle, wenn eine Verkaufsstelle unter Aufgabe der bisherigen Verkaufsräume innerhalb desselben Gemeindebezirks in andere Räume verlegt wird, sofern die Verkaufsstelle in den bisherigen Räumen von dem Inhaber mindestens ein Jahr betrieben worden ist und die neuen Verkaufsräume nicht mehr als 25 Quadratmeter größer als die bisherigen sind. Erforderlich ist zunächst, daß der Geschäftsinhaber bisher eine eigene Verkaufsstelle besessen hat. Dies ist

30) siehe § 5 S. 1 des Gesetzes.

dann nicht der Fall, wenn er das bisherige Geschäft nur gepachtet hat, d. h. wenn ihm auf Grund eines Pachtvertrages nach § 581 BGB nicht nur die Räume als solche, sondern bereits eine eingerichtete und ausgestattete Verkaufsstelle überlassen war, die wesentlich dazu geeignet war, bürgerliche Früchte aus deren Betrieb zu ziehen[31]). In diesem Falle besaß derjenige, der nun meist, um sich selbständig zu machen, innerhalb desselben Gemeindebezirks ein eigenes Geschäft eröffnet, noch keine eigene Verkaufsstelle, sondern zog lediglich die Nutzungen aus einem bereits bestehenden Geschäftsbetrieb. Die Eröffnung einer Verkaufsstelle durch den bisherigen Pächter in anderen Verkaufsräumen hat daher als Errichtung einer neuen Verkaufsstelle zu gelten. Anders ist die Rechtslage, wenn der Geschäftsinhaber lediglich die Räumlichkeiten für seine Verkaufsstelle gemietet hat, hinsichtich der Einrichtung und Ausstattung des Geschäftes jedoch alleinverfügungsberechtigter Eigentümer war. In diesem Falle hat er bereits eine eigene Verkaufsstelle besessen, die er verlegen kann.

Verlegen bedeutet die Standortsveränderung des Einzelhandelsgeschäftes, d. h. der Geschäftsinhaber muß die bisher benützten Verkaufsräume aufgeben und sein Geschäft in einen anderen Verkaufsraum überführen[32]).

Bereits bei der Aufgabe der ursprünglichen Verkaufsstelle muß die Absicht der Verlegung der Verkaufsstelle an eine andere Betriebsstätte obwalten und die Verlegung bereits fest in Aussicht genommen sein. Fehlt es an diesem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Aufgabe der einen und der Inbetriebnahme der anderen Verkaufsstelle, d. h. gibt ein Geschäftsinhaber ohne Weiterführungsabsicht eine Verkaufsstelle auf und entschließt er sich erst nach einer Zwischenzeit dazu, an einem anderen Ort eine Verkaufsstelle gleicher Art aufzutun, so verlegt er nicht seine alte Verkaufsstelle, sondern errichtet eine neue[33]).

Unerheblich ist bei der Verlegung einer Verkaufsstelle, zu welchen Zwecken der Raum, in den das Geschäft überführt wird, seither benutzt wurde und ob von dem Inhaber eines anderen Einzel-

31) Staudinger, § 581, Anm. I 1 b.
32) Badischer Verwaltungsgerichtshof in JW. 1935 S. 975.
33) Preuß. Oberverw.Ger. in JW. 1936 S. 757.

handelsgeschäftes in dem bisherigen Verkaufsraum weiterhin Waren zum Verkauf feilgehalten werden[34]).

Wie sich aus den Darlegungen über den Begriff der Neuerrichtung einer Verkaufsstelle ergibt, darf bei der Verlegung einer Verkaufsstelle kein Branchewechsel vorgenommen und das Geschäft nicht durch Hinzunahme branchefremder Warengattungen erweitert werden, andernfalls eine unzulässige Neuerrichtung vorliegt[35]).

Die Verlegung ist nur zulässig innerhalb desselben Gemeindebezirks. Gemeindebezirk ist die Gemeinde, wie sie in ihrer räumlichen Ausdehnung in § 12 Gem.O. festgelegt ist. Besteht eine Gemeinde aus mehreren nicht zusammenhängenden Ortschaften, so kann ein Geschäftsinhaber seine Verkaufsstelle innerhalb desselben Gemeindebezirks von einer Ortschaft in die andere verlegen.

In zeitlicher Hinsicht ist erforderlich, daß der Geschäftsinhaber die Verkaufsstelle in den bisherigen Räumen mindestens ein Jahr betrieben hat. Ohne Bedeutung ist dabei, ob er während der Geltung des Einzelhandelsschutzgesetzes sein Geschäft bereits einmal verlegt hat oder ob die Verkaufsstelle erst nach Inkrafttreten des Gesetzes auf Grund einer besonderen Genehmigung errichtet worden ist.

Schließlich darf die Verlegung einer Verkaufsstelle nicht dazu benützt werden, um damit eine räumliche Vergrößerung des Betriebes zu verbinden, die das Geschäft in seinem bisherigen Umfang über die Grenzen einer gesunden wirtschaftlichen Entwicklung hinaus erweitern würde. Das Einzelhandelsschutzgesetz läßt eine mit einer Geschäftsverlegung verbundene Erweiterung nur insoweit zu, als die neuen Verkaufsräume nicht mehr als 25 Quadratmeter größer als die bisherigen sind. Zu berücksichtigen sind dabei lediglich die Größenverhältnisse der eigentlichen Verkaufsräume; Lager und gesonderte Ausstellungsräume haben außer Betracht zu bleiben. Bei der Berechnung der Flächen der Verkaufsräume ist hinsichtlich der Schaufenster zu prüfen, ob sie von den eigentlichen Verkaufsräumen durch eine Wand oder ähnliche Einrichtung ge-

---

34) Badischer Verw.-Gerichtshof in JW. 1935 S. 975 und Oesterle in JW. 1933 S. 1503.

35) And. Ans. noch die vor d. Runderlaß d. Reichswirtschaftsm. v. 10. Jan. 1936 ergangene Entscheidg. d. Bad. Verw.-Gerichtshofs in JW. 1935 S. 2679.

trennt und deshalb als gesonderter Ausstellungsraum zu betrachten sind, oder ob die Schaufenster infolge Fehlens jeglicher Abtrennung als Teil der innerhalb des Verkaufsraumes befindlichen, für Käufer und Verkäufer ohne irgendwelche Hinderung leicht zu übersehenden Warenauslagen anzusehen sind. In ersterem Falle sind die Schaufenster bei der Berechnung der Flächenmaße auszuscheiden, in letzterem Falle sind sie mitzuzählen. Da das Gesetz lediglich eine Berechnung der Fläche, nicht aber des Fassungsraumes einer Verkaufsstelle vorsieht, hat die Höhe der Verkaufsräume grundsätzlich keine Berücksichtigung zu finden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann nur unter dem Gesichtspunkt einer verbotenen Umgehung des Gesetzes in solchen Fällen angenommen werden, in denen der Geschäftsinhaber eine ganz außergewöhnliche Höhe der neuen Verkaufsstelle dadurch schafft, daß er durch Beseitigung der trennenden Decke zweier Etagen und durch Anbringung eines besonderen, durch eine Treppe zu erreichenden Rundganges oder ähnlicher Einrichtungen die Verkaufsstelle in übermäßiger Weise räumlich erweitert[36]).

Um zu verhindern, daß Geschäftsleute in größeren Städten sich zunächst in einem geschäftsarmen Stadtteil niederlassen — die Genehmigung zur Errichtung einer Verkaufsstelle in einer solchen Gegend erlangen sie, wenn es sich um sachkundige und zuverlässige Kaufleute handelt, in der Regel ohne weiteres — und dann nach einem Jahr in das eigentliche Geschäftsviertel übersiedeln, sind die obersten Landesbehörden gemäß § 2 Abs. II Satz 2 des Einzelhandelsschutzgesetzes ermächtigt, auch Teile des Gemeindebezirks als Gemeindebezirk im Sinne des § 2 Abs. II Satz 1 zu erklären. Die obersten Landesbehörden können also für das Gebiet des Einzelhandelsschutzgesetzes die Gemeinde in mehrere Gemeindebezirke teilen. Auf Grund dieser Ermächtigung ist in einer Reihe von Städten das Geschäftsviertel oder die sog. Altstadt unter genauer Festlegung der begrenzenden Straßen als besonderer Gemeindebezirk erklärt worden. Da diese Ermächtigung zeitlich unbegrenzt ist, kann sich kein Geschäftsinhaber, der eine Verkaufsstelle in der ge-

36) siehe hierzu die zu § 3 Nr. 3 des Einzelhandelsschutzgesetzes ergangenen Richtlinien im Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dez. 1933 — III A 18008/33.

schäftsarmen Gegend einer Stadt errichtet hat, um sie später in das Geschäftsviertel zu verlegen, darauf verlassen, daß die Rechtslage nach Ablauf eines Jahres noch dieselbe ist. Hält sich die Verlegung einer Verkaufsstelle nicht im Rahmen des § 2 Abs. II des Einzelhandelsschutzgesetzes, so liegt, wie sich durch Umkehrschluß ergibt, die Errichtung einer Verkaufsstelle vor.

3. In § 3 des Einzelhandelsschutzgesetzes sind der Errichtung einer Verkaufsstelle noch verschiedene Tatbestände gleichgestellt.

a) So gilt zunächst nach § 3 Nr. 1 als Errichtung die Erweiterung einer Verkaufsstelle durch bisher nicht dazu benutzte Verkaufsräume, sofern die Erweiterung den beim Inkrafttreten des Gesetzes vorhandenen Verkaufsraum um mehr als 25 Quadratmeter übersteigt. Hieraus ergibt sich zunächst, daß ein Geschäftsinhaber ohne weiteres berechtigt ist, bezw. seit Inkrafttreten des Gesetzes berechtigt war, seinen Verkaufsraum entweder mit einem Male oder nach und nach bis zu 25 Quadratmeter zu erweitern. Für die Berechnung der Flächen der Verkaufsräume, die Behandlung neuer Schaufenster und die etwaige Berücksichtigung einer ganz außergewöhnlichen Höhe der Verkaufsräume sind die für die mit einer Verlegung einer Verkaufsstelle verbundene Erweiterung derselben aufgestellten Grundsätze maßgebend.

Da es offensichtlich der Wille des Gesetzgebers ist, daß ein Geschäftsinhaber seine Verkaufsstelle, wie sie bei Inkrafttreten des Gesetzes bestanden hat, im Höchstfalle um 25 Quadratmeter erweitern darf, muß bei der Berechnung der gestatteten 25 Quadratmeter auch eine Erweiterung mit einbezogen werden, die der Geschäftsinhaber anläßlich einer Verlegung innerhalb desselben Gemeindebezirks gemäß § 2 Abs. II des Einzelhandelsschutzgesetzes vornimmt.

b) Der Errichtung einer Verkaufsstelle ist gemäß § 3 Ziff. 4 des Einzelhandelsschutzgesetzes weiter gleichgestellt eine Änderung in der Bezeichnung der Verkaufsstelle auf Geschäftsschildern, Anschlägen, in oder außerhalb der Verkaufsräume, auf Geschäftspapieren, Werbeschriften und in Ankündigungen, wenn durch die geänderte Bezeichnung auf eine besondere Art der Preisstellung oder auf den Bezug der Waren von einem bestimmten Einkaufsunternehmen hingewiesen wird. Damit ist die Umstellung eines gewöhnlichen Ein-

zelhandelsgeschäftes auf ein Einheitspreisgeschäft, Serienpreisgeschäft, Kleinpreisgeschäft oder einen anderen durch die besondere Art der Preisstellung sich auszeichnenden nach nationalsozialistischer Wirtschaftsauffassung unerwünschten Geschäftstyp verboten.

c) Schließlich steht der Errichtung einer Verkaufsstelle noch gleich die Ausdehnung des Verkaufs auf Lebens- und Genußmittel und auf Arzneimittel in Verkaufsstellen, in denen ausschließlich oder überwiegend andere Waren zum Verkauf feilgehalten werden (§ 3 Ziff. 5 und 6 des Einzelhandelsschutzgesetzes). Diese Bestimmung ist an sich durch das im Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 10. Januar 1936 verfügte allgemeine Verbot der Hinzunahme branchefremder Warengattungen zu den bisher geführten Waren im wesentlichen überholt. Da jedoch eine Ausdehnung eines Geschäftes auf diese Artikel vom Gesetz ausdrücklich verboten ist, ist hier nach wie vor ein besonders strenger Maßstab anzulegen. So muß sogar die im Zuge einer schrittweise vor sich gehenden Entwicklung erfolgende Ausdehnung des Verkaufs auf diese Waren als unzulässig angesehen werden.

Bei der Vorschrift des § 3 Ziff. 5 des Einzelhandelsschutzgesetzes ist zu beachten, daß der Begriff „Lebens- und Genußmittel" als ein einheitlicher Begriff aufzufassen ist, der zwar alle Lebensmittel, aber nicht jedes Genußmittel schlechthin umfaßt. Da z. B. Tabakwaren nicht hierunter fallen, ist demnach die Hinzunahme von Tabakwaren zu anderen Waren, vorausgesetzt, daß die Tabakwaren gegenüber den bisher in der Verkaufsstelle geführten Waren nicht branchefremd sind, erlaubt, während die Ausdehnung eines Tabakwarengeschäfts auf Lebens- und Genußmittel verboten ist[37]).

Als Arzneimittel sind alle Stoffe und Zubereitungen anzusehen, die nach Auffassung der beteiligten Kreise in der Hauptsache zur Verhütung und Heilung von Krankheiten und zur Desinfektion bestimmt sind und hierzu regelmäßig verwendet werden; ob die Arzneimittel für Menschen oder für Tiere bestimmt sind, macht keinen Unterschied[38]).

---

37) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dez. 1933 — III A 18008/33.

38) Landmann § 6 Anm. 15.

4. Seit 1. Januar 1935 — an diesem Tage ist das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zum Schutze des Einzelhandels vom 13. Dezember 1934 in Kraft getreten — dürfen Einzelhandelsverkaufsstellen auch nicht mehr übernommen werden.

a) Der Begriff „Übernahme" ist hier nicht im rein räumlichen Sinn zu verstehen, d. h. es genügt nicht, wenn der Übernehmer lediglich die Verfügungsberechtigung über den Raum erlangt, in dem schon bisher ein Einzelhandelsgeschäft betrieben wurde, es muß vielmehr das Geschäft als solches übernommen werden. Vermietet daher der Eigentümer des Hauses, in dem sich der Verkaufsraum eines Einzelhandelsgeschäftes befindet, diesen Raum nach dem Auszug des seitherigen Mieters und Geschäftsinhabers wieder und kann er mangels Verfügungsberechtigung über das Geschäft dieses selbst dem neuen Mieter nicht übertragen, so errichtet der neue Mieter, der in dem Verkaufsraum ein Einzelhandelsgeschäft eröffnet, eine neue Verkaufsstelle im Sinne des § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes, sofern es sich nicht um eine Verlegung eines bereits bestehenden Geschäfts innerhalb desselben Gemeindebezirks handelt[39]).

b) Als rechtliche Form des mit der Übernahme einer Verkaufsstelle verbundenen Erwerbs des Geschäfts kommen zunächst alle die Rechtsgeschäfte in Frage, durch die ein Übergang der Verkaufsstellen von einer Person auf eine andere vollzogen werden kann. Dies sind der Kaufvertrag (§ 433 ff. BGB), der dem Kauf in seiner rechtlichen Behandlung gleichgestellte Tausch (§ 515 BGB), die Schenkung (§§ 516 ff. BGB) und die Pacht (§§ 581 ff. BGB).

Obwohl der Pächter, rein rechtlich betrachtet, nicht das Geschäft als solches erwirbt, sondern auf Grund des Pachtvertrages lediglich berechtigt ist, die gepachteten Gegenstände zu gebrauchen und aus dem Betrieb des Geschäftes Früchte zu ziehen (§ 581 BGB), hat der Pächter als Übernehmer eines Einzelhandelsgeschäftes zu gelten. Die gegenteilige Ansicht käme zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß der Pächter, der auch wie oben dargelegt, keine Verkaufsstelle errichtet, nicht unter das Einzelhandelsschutzgesetz fallen würden. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Zweck des Einzelhandelsschutz-

39) Bad. Verw. Gerichtshof in JW. 1935 S. 975.

gesetzes, insbesondere mit den Vorschriften der Durchführungsverordnung, wonach eine Genehmigung zur Übernahme nur erteilt werden darf, wenn der Übernehmer die erforderliche Zuverlässigkeit und Sachkunde besitzt, unvereinbar. Aus diesen Gründen ist es auch als Übernahme anzusehen, wenn der Verpächter nach Beendigung des Pachtvertrages sein Geschäft wieder selbst betreibt[40]; denn die Rückübernahme durch den Verpächter ist derselbe umgekehrte wirtschaftliche Vorgang wie die Übernahme durch den Pächter. Nach der gegenteiligen Ansicht ist es noch Jahre nach Inkrafttreten des Einzelhandelsschutzgesetzes möglich, daß Inhaber von Einzelhandelsgeschäften, die vielleicht nie ihr Geschäft selbst betrieben, sondern viele Jahre schon durch Verpachtung genutzt haben, durch irgendwelche Gründe veranlaßt, nun ohne die erforderliche Sachkunde oder persönliche Zuverlässigkeit ihr Geschäft selbst übernehmen, was vollkommen in Widerspruch zur Absicht des Gesetzes stehen würde.

Die Übernahme kann sich ferner im Wege der Zwangsversteigerung und in einer der verschiedenen Formen des Erbgangs vollziehen. Zu unterscheiden ist hier die gesetzliche Erbfolge, die Erbeinsetzung durch Testament und durch Erbvertrag einerseits und das Vermächtnis anderseits. In ersterem Falle geht das Geschäft mit dem Tode des Erblassers unmittelbar auf den Erben über (§ 1922 BGB), während der Vermächtnisnehmer nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Geschäftes erhält. (§§ 1939, 2174 BGB).

c) Schwieriger gestalten sich die Verhältnisse bei den Personal- und Kapitalgesellschaften und den Genossenschaften, die Einzelhandelsgeschäfte betreiben. Eine Übernahme im Sinne des Einzelhandelsschutzgesetzes liegt in der Regel dann vor, wenn eine Änderung in der ausschließlichen Beteiligung am Geschäft und in der Geschäftsführung eintritt[41]).

Die Grundform einer Personalgesellschaft bildet die offene Handelsgesellschaft (§ 105 Abs. I HGB). Das Gesellschaftsvermögen

40) Anderer Ansicht Röhl in JW. 1936 S. 1509, der offensichtlich nur die kurzfristige Verpachtung im Auge hat.

41) Röhl in JW. 1936 S. 1510 nimmt schon dann eine Übernahme an, wenn eine dieser beiden Alternativen vorliegt, führt aber diesen Gedanken nicht immer folgerichtig durch.

steht hier den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit als ein „ihnen gemeinschaftliches Vermögen" zur gesamten Hand zu (§ 105 Abs. II HGB in Verbindung mit §§ 718, 719 BGB). Zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind grundsätzlich alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet (§ 114 Abs. I HGB), wobei jeder von ihnen allein zu handeln berechtigt ist (§ 115 Abs. I HGB).

Es liegt daher eine Übernahme vor, wenn eine Einzelhandelsverkaufsstelle von einem Gesellschafter in eine offene Handelsgesellschaft als Beitrag eingebracht wird (§ 105 Abs. II HGB in Verbindung mit §§ 705, 706 BGB)[42]), ferner wenn ein neuer Gesellschafter in eine offene Handelsgesellschaft aufgenommen wird und schließlich, wenn jemand als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt (§ 28 HGB); denn in sämtlichen Fällen wird dadurch die ausschließliche Beteiligung am Geschäft wie das Recht zur Geschäftsführung wesentlich geändert. Da in keinem dieser Fälle der alte Geschäftsinhaber ausscheidet, handelt es sich begrifflich nur um eine Teilübernahme, die allerdings der mit dem vollkommenen Ausscheiden des Übergebers verbundenen Übernahme gleichzustellen ist[43]).

Keine Übernahme liegt dagegen vor, wenn eine den Miterben in Erbengemeinschaft gehörige Verkaufsstelle in eine von ihnen gebildete offene Handelsgesellschaft eingebracht wird, da die wirtschaftlichen Verhältnisse sich hierbei nicht ändern[44]).

Bei der Kommanditgesellschaft ist davon auszugehen, daß bei einem oder einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Teile der Gesellschaft eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (Komplementare) (§ 161 Abs. I HGB). Obwohl auch hier das Gesellschaftsvermögen allen Gesellschaftern, Komplementaren wie Kommanditisten zur gesamten Hand zusteht, handelt es

42) Über die verschiedenen Formen des Beitrages siehe Staudinger § 706 Anm. IV 1.

43) so auch Röhl in JW. 1936 S. 1510.

44) Anders ist die Rechtslage im Grundstücksrecht, wo zur gültigen Übereignung eines den Miterben in Erbengemeinschaft gehörigen Grundstücks an eine von ihnen gebildete offene Handels- oder Kommanditgesellschaft Auflassung erforderlich ist. Grund hiefür ist die Selbständigkeit der Vermögensmassen in rechtlicher Beziehung (RG. 117 S. 264).

sich bei den Kommanditisten nur um eine kapitalistische Beteiligung mit beschränkten Kontrollrechten (§ 116 HGB), da die Geschäftsführung allein in den Händen der persönlich haftenden Gesellschafter liegt (§ 164 HGB). Eine Übernahme liegt sonach vor, wenn eine Verkaufsstelle in eine Kommanditgesellschaft von einem Kommanditisten als Einlage oder bei dem Vorhandensein mehrerer Komplementare von einem derselben als Beitrag eingebracht wird, und ferner, wenn ein neuer persönlich haftender Gesellschafter in die Kommanditgesellschaft eintritt. Nachdem die Kommanditisten nicht zur Führung der Geschäfte berechtigt sind, kann von einer Übernahme nicht gesprochen werden, wenn jemand in das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder in eine bestehende Kommanditgesellschaft als Kommanditist eintritt.

Noch eindeutiger ist die Rechtslage bei der stillen Gesellschaft (§§ 335 ff. HGB). Da hier weder ein Gesamthandvermögen entsteht, noch der stille Gesellschafter an der Führung der Geschäfte beteiligt ist, so ist mit der Beteiligung eines Dritten an dem Handelsgewerbe eines Einzelkaufmanns mit einer Vermögenseinlage keine Übernahme verbunden.

Ebenso schwierig gestalten sich die Verhältnisse bei den Kapitalgesellschaften, die Einzelhandelsgeschäfte betreiben. Die Rechtsformen der Kapitalgesellschaft sind die Aktiengesellschaft mit ihrer Nebenform, der Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Einfach ist die Sachlage noch bei der sog. Einmanngesellschaft. Eine solche Einmanngesellschaft entsteht, wenn eine Person auf einmal oder nach und nach die sämtlichen Aktien einer Aktiengesellschaft oder die sämtlichen Anteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung an sich bringt. Ein solcher Besitzer sämtlicher Aktien einer Aktiengesellschaft oder sämtlicher Anteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist dann zugleich Alleinbesitzer der von der Aktiengesellschaft bezw. von der Gesellschaft mit beschränkter Haftung betriebenen Einzelhandelsverkaufsstelle. Veräußert bei einer Einmanngesellschaft der alleinige Gesellschafter seine sämtlichen Aktien bezw. Geschäftsanteile, so hat diese Veräußerung eine Änderung der ausschließlichen Beteiligung sowie der Geschäftsführungsbefugnis und damit eine Übernahme im Sinne des Einzelhandelsschutzgesetzes zur Folge.

Dagegen stellt der Erwerb eines Teiles der Aktien einer Aktiengesellschaft oder des Stammkapitals einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die beide selbständige juristische Personen sind (§ 210 HGB bezw. § 13 G.m.b.H.G.), keine Übernahme, sondern lediglich eine Änderung in der Kapitalbeteiligung am Unternehmen dar. Dies ist auch dann der Fall, wenn damit ein allmählicher Erwerb der sämtlichen Aktien bezw. des gesamten Stammkapitals bezweckt wird. Die Änderung der Kapitalbeteiligung wird jedoch zur Übernahme im betriebswirtschaftlichen Sinn, wenn durch einen oder mehrere innerlich zusammenhängende Vertragsakte das Gesamtkapital des Unternehmens in andere Hände übergeht, da hier die ausschließliche Beteiligung am Unternehmen und die Geschäftsführung geändert werden[45]).

Einfacher ist die Rechtslage bei den Genossenschaften, deren Verkaufsstellen gemäß § 4 des Einzelhandelsschutzgesetzes ja ebenfalls vom Einzelhandelsschutzgesetz erfaßt werden. Eine ähnliche Erscheinung wie die Einmanngesellschaft bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist hier nicht möglich, da ein Genosse bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht nur auf einen Geschäftsanteil beteiligt sein kann (§ 119 Gen.G.) und bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht zwar die Beteiligung des Genossen auf mehrere Geschäftsanteile durch Statut zugelassen werden kann (§ 134 Gen.G.), ein Erwerb sämtlicher Anteile aber auch hier ausgeschlossen ist.

Der Beitritt eines oder mehrerer neuer Genossen stellt entsprechend dem Erwerb einer oder mehrerer Aktien einer Aktiengesellschaft lediglich eine Änderung in der finanziellen Beteiligung an der Genossenschaft, nicht aber eine betriebswirtschaftliche Übernahme im Sinne des Einzelhandelsschutzgesetzes dar.

Der Wechsel in der Person der Vorstandsmitglieder oder der Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft, Genossenschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung verwirklicht allein grundsätzlich nicht den Übernahmetatbestand[46]); denn die ausschließliche Be-

---

45) Röhl in JW. 1936 S. 1509.

46) le Viseur in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1936 S. 510 sieht hierin im Hinblick auf die Bestimmungen der Durchführungsverordnung mit Recht eine Lücke im Gesetz, die es sachun-

teiligung an dem Unternehmen wird durch eine derartige organisatorische Maßnahme nicht berührt[47]).

Eine häufige Begleiterscheinung einer im Einzelhandel tätigen Gesellschaft ist der Betrieb mehrerer Verkaufsstellen. Ob mit der Auflösung oder Teilung eines derartigen Filialunternehmens eine Übernahme verbunden ist, hängt von der Rechtsform des Unternehmens ab. Wird ein Filialunternehmen, das von einer aus mehreren Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft oder von einer Kommanditgesellschaft, an der mehrere Komplementare beteiligt sind, in zwei oder mehrere selbständige Unternehmen aufgelöst, an der lediglich die bisherigen persönlich haftenden Gesellschafter beteiligt sind, so enthält diese Aufteilung der bisherigen Personalgesellschaft keine betriebswirtschaftliche Übernahme, da die nunmehrigen Inhaber der einzelnen Verkaufsstellen bereits vorher an jeder Verkaufsstelle als Gesamthandseigentümer beteiligt und zu ihrer Führung berechtigt waren.

Wird dagegen ein von einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Genossenschaft betriebenes Filialunternehmen geteilt, so liegt auch dann eine Übernahme vor, wenn einzelne Verkaufsstellen nun von den bisherigen Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft oder der Genossenschaft oder von Geschäftsführern der Gesellschaft mit beschränkter Haftung übernommen werden[48]), da diesen vorher an der einzelnen Verkaufsstelle keine ausschließliche Beteiligung zustand.

Dieselben Grundsätze, wie sie für die Beurteilung der Frage, ob der Tatbestand der Übernahme erfüllt ist, bei den Veränderungen innerhalb einer Personal- oder Kapitalgesellschaft maßgebend sind, müssen auch bei der Umwandlung einer ein Einzelhandelsgeschäft betreibenden Kapitalgesellschaft in eine Personalgesellschaft oder Einzelfirma gelten. Eine Übernahme liegt also immer dann vor, wenn mit der Umwandlung eine Änderung in der ausschließlichen

---

kundigen und unzuverlässigen Personen ermöglicht, sich im Einzelhandel zu betätigen.

47) Röhl, der in JW. 1936 S. 1510 zu demselben Ergebnis kommt, geht zu Unrecht von der Gesellschaft als einer juristischen Person, die sich bei einem Wechsel in der Person ihres gesetzlichen Vertreters nicht ändere, anstatt von dem wirtschaftlichen Gesichtspunkt der ausschließlichen Beteiligung an dem Unternehmen aus.

48) so auch Röhl in JW. 1936 S. 1510.

Beteiligung am Geschäft und in der Geschäftsführung verbunden ist. Wird eine Einmann-Gesellschaft in eine Einzelfirma umgewandelt, so kann natürlich von einer Übernahme keine Rede sein, da die Verkaufsstelle in denselben Händen bleibt.

5. Verschärfte Vorschriften gelten für die Verkaufsstellen der Einheitspreisgeschäfte. Dies sind Geschäfte, in denen Waren mehrerer nicht zusammengehöriger Warenarten ausschließlich oder überwiegend in einer oder mehreren Preisstufen feilgehalten werden[49].) Die Errichtung, Erweiterung und Verlegung dieses den mittelständischen Einzelhandel besonders gefährdenden Geschäftstyps war bereits in § 1 des Teils 3 der Notverordnung vom 3. März 1932 — geändert durch Verordnung vom 23. Dezember 1932 — (RGBl. I S. 125, 171) bis zum 1. April 1934 verboten worden. Die Befristung dieses Verbots ist nunmehr gefallen (§ 1 des Einzelhandelsschutzgesetzes). Die für die Verlegung und Erweiterung einer gewöhnlichen Einzelhandelsverkaufsstelle geltenden Erleichterungen gelten also für Einheitspreisgeschäfte nicht.

---

49) So die Begriffsbestimmung in § 1 des 3. Teils der Notverordnung vom 9. März 1932 (RGBl. I S. 125) (geändert durch die Verordnung vom 23. Dezember 1932 [RGBl. I S. 571]).

III. Ausnahmen von dem Errichtungs- und Übernahmeverbot.

Das Einzelhandelsschutzgesetz, dessen Geltungsdauer nun nicht mehr befristet ist, hat sich von einem reinen nur für die Übergangszeit bestimmten Schutzgesetz immer mehr zu einem berufsständischen Gesetz des Einzelhandels entwickelt.

Während das Gesetz in seiner ersten Fassung lediglich darauf bedacht war, eine Vermehrung neuer Einzelhandelsverkaufsstellen zu verhindern, ermöglicht die gegenwärtige zu einem gewissen Abschluß gelangte Regelung dem sachkundigen und zuverlässigen Kaufmann grundsätzlich den Zugang zum Einzelhandel.

A.

Nach der Vorschrift der Ziffer I der von der Reichsregierung auf Grund der §§ 5 und 11 des Einzelhandelsschutzgesetzes erlassenen Durchführungsverordnung, die als Rechtsverordnung Gesetz im materiellen Sinn ist, sollen bei den gewöhnlichen Einzelhandelsverkaufsstellen Ausnahmen von dem in § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes enthaltenen Verbot der Errichtung oder Übernahme von Verkaufsstellen nur zugelassen werden, wenn für den Unternehmer oder die für die Leitung des Unternehmens in Aussicht genommene Person die für den Betrieb der Verkaufsstelle erforderliche Sachkunde nachgewiesen wird und keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich der Mangel der erforderlichen persönlichen Zuverlässigkeit ergibt. Die etwas unklare Fassung dieser Vorschrift — „sollen nur" — bedeutet nicht, daß die Behörden nach ihrem Ermessen auch einem sachkundigen und zuverlässigen Antragsteller die Ausnahmebewilligung versagen können, sondern besagt, daß, abgesehen von dem Versagungsgrund der Ziffer II der Durchführungsverordnung, die Verwaltungsbehörden dem sachkundigen und zuverlässigen Antragsteller die Genehmigung zu erteilen haben.

1. Wer also eine Verkaufsstelle errichten oder übernehmen will, muß der für die Erteilung der Genehmigung zuständigen Verwaltungsbehörde nachweisen, daß er die für den Betrieb der Verkaufsstelle erforderliche Sachkunde besitzt. Diese Bestimmung verfolgt das Ziel, den erfahrenen und tüchtigen Kaufmann gegen eine Zunahme derjenigen Personen im Einzelhandel zu schützen, welche

die zur Führung ihres Geschäfts erforderliche Warenkunde oder kaufmännische Eignung nicht besitzen und deshalb am meisten zu Preisschleuderei und anderen unlauteren Machenschaften neigen[50]).

Der Begriff der Sachkunde enthält zunächst die allgemeinen Kenntnisse, die jeder Kaufmann haben muß, d. h. der Antragsteller muß in den Fragen der Buchführung, des Wettbewerbs, der Kostenberechnung usw. bewandert sein. Zu diesen allgemeinen kaufmännischen Kenntnissen muß noch die für die betreffende Verkaufsstelle erforderliche technische Sachkunde, die Warenkunde hinzukommen. Diese umfaßt sowohl die Kenntnis über die Entstehung, Zusammensetzung, Beschaffenheit und Gebrauchsmöglichkeiten der wichtigsten Waren einer Warengattung, wie auch die Besonderheiten einer richtigen Lagerung der Ware[51]).

Ob der Antragsteller die erforderliche fachliche Eignung für die Führung der betreffenden Verkaufsstelle besitzt, entscheidet allein die von der obersten Landesbehörde gemäß § 5 Satz 2 des Einzelhandelsschutzgesetzes bestimmte Verwaltungsbehörde; sie ist dabei grundsätzlich nicht an die Stellungnahme der zuständigen gesetzlichen Berufsvertretung, die sie auf Grund der Vorschrift der Ziff. VII der Durchführungsverordnung einzuholen hat, gebunden.

Im Hinblick auf die Tatsache, daß im Einzelhandel eine einheitlich geregelte Lehr- und Gehilfenzeit nicht besteht, und daß ferner der Betrieb jeder einzelnen Verkaufsstelle ein anderes Maß von kaufmännischen und insbesondere technischen Kenntnissen erfordert, hat die Verwaltungsbehörde sich von einer starren Bindung an für alle Fälle von vornherein festgesetzte Richtlinien grundsätzlich freizuhalten. Unter Berücksichtigung der vom Reichswirtschaftsminister in den Runderlassen vom 16. Dezember 1933 — III A 18008/33 — und vom 24. Oktober 1934 — V 5763/34 — aufgestellten Richtlinien wird bei der Prüfung der erforderlichen Sachkunde im allgemeinen folgendermaßen zu verfahren sein.

Dem Antragsteller ist aufzugeben die sämtlichen in seiner Hand befindlichen Zeugnisse über seine kaufmännische Vorbildung und

---

50) so der Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dezember 1933 — III a 18008/33.

51) so auch Michel in „Deutsche Wirtschaftszeitung" 1934 S. 1007.

seine praktische Tätigkeit vorzulegen. Hat er die Handlungsgehilfenprüfung erfolgreich abgelegt, so ist im allgemeinen der Nachweis der Sachkunde als erbracht anzusehen. Ausnahmen werden nur vorkommen, wenn die betreffende Verkaufsstelle hinsichtlich der Warenkunde besondere Kenntnisse erfordert.

Häufig wird der Antragsteller jedoch keine Prüfungszeugnisse vorlegen, sondern lediglich eine praktische kaufmännische Tätigkeit nachweisen können. Hat er eine abgeschlossene kaufmännische Lehre hinter sich und war er daran anschließend mehrere Jahre als Gehilfe tätig, so gilt die Sachkunde als erbracht. Nicht erforderlich ist dabei, daß sowohl die kaufmännische Lehre wie die Gehilfenzeit gerade in Einzelhandelsbetrieben des Warenzweigs, zu dem die beabsichtigte Verkaufsstelle gehören wird, verbracht wurden. Es genügt vielmehr, wenn die kaufmännische Lehre ganz und die Gehilfenzeit teilweise in einer dem Einzelhandel vorgelagerten Wirtschaftsstufe, also in einem Großhandels- oder Fabrikationsbetrieb derselben Branche abgelegt wurde. Es ist auch nicht nötig, daß sowohl die kaufmännische Lehre wie die Gehilfenzeit in denselben Warenzweig wie die beabsichtigte Verkaufsstelle fallen.

Der Nachweis der Sachkunde wird ferner als erbracht gelten, wenn der Antragsteller zwar keine abgeschlossene Lehrzeit, dagegen eine wenigstens fünfjährige Gehilfenzeit hinter sich hat[52]). Auch hier kommt es nicht darauf an, daß die fünfjährige Tätigkeit gerade in einem Einzelhandelsbetrieb verbracht wurde; sie kann sich auch ganz oder teilweise in einem Fabrikations- oder Großhandelsbetrieb der einschlägigen Branche abgespielt haben. Erforderlich ist aber, daß sie jedenfalls zum größeren Teil in einem branchemäßig einschlägigen Geschäft stattgefunden hat. In allen Fällen muß es sich um eine als volle Beschäftigung geltende Tätigkeit handeln. Eine nur gelegentlich mithelfende Tätigkeit, die sich insbesondere lediglich auf eine vorübergehende Aushilfe beim Verkauf der Waren beschränkt, wie sie vielfach unter Verwandten vorkommt, erfüllt die Voraussetzungen einer ordnungsmäßigen Gehilfenzeit nicht. Den Fällen einer fünfjährigen Gehilfenzeit sind die Fälle gleichzu-

52) Daß die Gehilfenzeit hier mindestens 5 Jahre betragen soll, fordert der Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 24. Oktober 1934 — V 5763/34 — ohne nähere Begründung.

stellen, in denen der Antragsteller nachweist, daß er ein Geschäft der in Betracht kommenden Art früher selbständig mehrere Jahre als Inhaber oder Geschäftsführer erfolgreich geführt hat[53]). Selbstverständlich ist, daß es kein Zeichen von Sachkunde ist, wenn er den Betrieb des Geschäfts wegen Mangels der nötigen Sachkenntnisse wieder aufgeben mußte. In der Regel wird es auch genügen, wenn es sich um ein Großhandels- oder Fabrikunternehmen derselben Branche gehandelt hat. Im Einzelfall wird es aber auf die Größe und den Umfang dieses früheren Geschäfts und auf die Dauer, die es betrieben wurde, ankommen müssen. Wer nur kurze Zeit selbständiger Unternehmer als Großhändler oder Fabrikant war, kann mit dieser Tätigkeit noch nicht den Nachweis der Sachkunde und der allgemeinen kaufmännischen Kenntnisse für den Betrieb einer Einzelhandelsverkaufsstelle dieser Branche führen.

In allen Fällen, in denen nicht die obigen Voraussetzungen gegeben sind, muß der Nachweis der Sachkunde durch Ablegen einer besonderen Prüfung, für deren Abnahme die Industrie- und Handelskammer zuständig ist, geführt werden.

Streit besteht in den beteiligten Kreisen darüber, ob durch die Ableistung der Meisterprüfung in einem Handwerkszweig der Nachweis der Sachkunde für den einschlägigen oder verwandten Geschäftszweig des Einzelhandels als erbracht gilt. Während diese Fragen von Seiten des Einzelhandels mit der Begründung verneint wird, daß ein Handwerker zwar über gute technische, nicht aber die erforderlichen kaufmännischen Kenntnisse verfüge, und daß umgekehrt auch ein Kaufmann, der nicht die Meisterprüfung abgelegt hat, nach der neuen Handwerksgesetzgebung[54]) einen selbständigen Handwerksbetrieb nicht eröffnen dürfe[55]), vertreten die Organisationen des Handwerks den Standpunkt, daß der Handwerker mit dem Bestehen der Meisterprüfung gleichzeitig die für den Betrieb einer Einzelhandelsverkaufsstelle erforderliche Sachkunde nachweise.

---

53) Michel in „Deutsche Wirtschaftszeitung" 1934 S. 1007.

54) siehe §§ 1 und 3 der dritten Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935, geändert durch VO. vom 22. Januar 1936 (RGBl. 1935 I S. 15, 1936 I S. 42).

55) Hartwig in „Bayerische Wirtschaftszeitung" 1936 Nr. 5 S. 5.

Bei objektiver Betrachtung muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die vorstehende Frage nur von Fall zu Fall richtig beantwortet werden kann. Ohne Zweifel besitzt ein Handwerksmeister die für den betreffenden Warenzweig erforderlichen technischen Kenntnisse. Weiter muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß sehr häufig wie beim Bäcker, Metzger, Schreiner, Schuster usw. die handwerkliche Tätigkeit sich aus dem Ankauf von Waren, ihrer Verarbeitung und dem Verkauf der handwerklich hergestellten Waren zusammensetzt, somit die wesentlichste kaufmännische Tätigkeit, nämlich den An- und Verkauf der Waren enthält. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der betreffende Handwerksbetrieb die Führung einer Verkaufsstelle als Hilfsbetrieb erfordert. Eine ordnungsgemäße Meisterprüfung wird sich denn auch nicht nur auf rein handwerkliche, sondern auch auf kaufmännische Fragen erstrecken. Die erfolgreich abgelegte Meisterprüfung muß deshalb dann für den Nachweis der Sachkunde als ausreichend erachtet werden, wenn die Verkaufsstelle, die der Handwerksmeister zu errichten beabsichtigt, nur deshalb eine besondere Einzelhandelsverkaufsstelle, ist, weil etwa der räumliche Zusammenhang fehlt, um als Hilfsbetrieb zu gelten oder wenn in ihr über den Rahmen eines Zubehörgeschäfts hinaus nur einige wenige Waren zum Verkauf bereit gehalten werden, welche mit den gewerblichen Leistungen des Betriebs in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen, so daß der Warenverkauf nicht mehr als Zubehörgeschäft angesehen werden kann; denn zum Betrieb einer solchen Verkaufsstelle sind nicht mehr kaufmännische Fähigkeiten erforderlich, als jeder Handwerker haben muß, um einen Hilfsbetrieb zu führen oder den Warenverkauf, soweit er sich im Rahmen eines Zubehörgeschäfts hält, zu betreiben, wozu er ohne weiteres berechtigt ist[56]).

In allen anderen Fällen wird die Meisterprüfung als Nachweis der Sachkunde nicht ausreichen, insbesondere dann nicht, wenn die beabsichtigte Verkaufsstelle infolge ihrer Größe besondere Anforderungen in der Organisation, Reklame, Lagerhaltung usw. an den Inhaber stellt.

56) Im wesentlichen ebenso der Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 4. Dezember 1934, der allerdings die Meisterprüfung nur dann als ausreichend erachtet, wenn in der beabsichtigten Verkaufsstelle nur oder zum größten Teil selbstverfertigte Waren geführt werden.

Da die Vorschrift der Ziff. I der Durchführungsverordnung nur eine Soll-Vorschrift ist, wird in Ausnahmefällen von dem Nachweis der Sachkunde abgesehen werden können. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich um eine kleine einfache Verkaufsstelle auf dem flachen Lande oder sonst um eine Verkaufsstelle handelt, deren Betrieb keinerlei kaufmännische Kenntnisse erfordert. So sind z. B. für die Haltung eines Automaten. der ja auch eine Verkaufsstelle im Sinne des Gesetzes ist, sicherlich keinerlei Kenntnisse in der Kostenberechnung, im Wettbewerb usw. erforderlich.

2. Die zweite Voraussetzung für eine Ausnahmebewilligung von dem Errichtungs- und Übernahmeverbot des Einzelhandelsschutzgesetzes ist, daß keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich der Mangel der erforderlichen Zuverlässigkeit ergibt. Diese Bestimmung war notwendig geworden, weil gerade im Einzelhandel die nach dem Kriege einsetzende allgemeine Verwilderung der guten kaufmännischen Sitten und der skrupellose und vernichtende Wettbewerb den Einzelhandel und die Allgemeinheit schwerstens geschädigt hatten und unzuverlässige Personen im Einzelhandel einen geeigneten Platz für ihre mehr oder minder unsauberen Geschäfte witterten.

Das Gesetz selbst besagt nichts ausdrücklich darüber, was es unter persönlicher Zuverlässigkeit verstehen will. Der Begriff „Zuverlässigkeit" ist bereits in den §§ 30, 34, 34 a der Gew.O. in § 2 Abs. I Ziff. 1 des Gaststättengesetzes, in § 3 des Theatergesetzes vom 15. Mai 1934 (RGBl. I S. 441), sowie in den §§ 9 und 11 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über das Versteigerungsgewerbe vom 30. Oktober 1934 (RGBl. I S. 1091) enthalten. Von diesen Vorschriften geben lediglich der § 2 Abs. I Ziff. 1 des Gaststättengesetzes und der § 11 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über das Versteigerergewerbe ganz genaue Anweisungen, wann jemand als unzuverlässig zu gelten hat. Es lassen sich hieraus zwar gewisse Anhaltspunkte entnehmen, es ist jedoch nicht angängig, sämtliche Bestimmungen über die Zuverlässigkeit des Gast- und Schankwirts und des Versteigerers auf das Einzelhandelsschutzgesetz zu übertragen, da das Gaststättengesetz und die Versteigerervorschriften besonders scharfe Schutz- und Spezialgesetze sind.

Unter Berücksichtigung des Wesens und der wirtschaftlichen Bedeutung des Einzelhandels lassen sich für die persönliche Zuverlässigkeit des Einzelhandelsschutzgesetzes folgende Grundsätze entwickeln:

Zur persönlichen Zuverlässigkeit sind diejenigen Charakter- und Wesenseigenschaften zu rechnen, die eine ordnungsmäßige, den Gesetzen und guten Sitten entsprechende Betriebsführung gewährleisten[57]). Der Mangel dieser Eigenschaften muß aus Tatsachen geschlossen werden. Bloße Vermutungen genügen nicht.

Als unzuverlässig hat in erster Linie zu gelten, wer sich eine strafbare Handlung hat zu schulden kommen lassen, die als Verbrechen im Sinne des § 1 StGB. gilt oder, wenn es sich nur um ein Vergehen handelt, bei deren Begehung der Täter eine besonders gemeine und ehrlose Gesinnung gezeigt hat[58]). In der Regel rechtfertigen ferner die Annahme der persönlichen Unzuverlässigkeit die Vergehen gegen das Vermögen, wie Diebstahl, Hehlerei, Unterschlagung, Untreue, Betrug, Wucher und betrügerischer Bankrott, gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und alle schweren Verstöße gegen die Vorschriften des Gesetzes über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen (Lebensmittelgesetz)[59]).

Da die Tat an sich und nicht deren gerichtliche Ahndung der allein maßgebende Umstand ist, ist es unerheblich, ob es infolge einer Amnestie oder eines bedingten Straferlasses nicht zur Aburteilung oder Verbüßung einer verwirkten Strafe gekommen ist; denn allein die Tatsache und Art der Begehung einer strafbaren Handlung lassen Rückschlüsse auf den Charakter zu, die weder durch Amnestie oder Gnadenerweise verwischt werden können.

In dem vor der Verwaltungsbehörde nach dem Einzelhandelsschutzgesetz stattfindenden Verfahren wird es nicht selten vorkommen, daß ein Antragsteller den Einwand bringt, das strafrichterliche Urteil sei ein Fehlurteil gewesen. Ein solcher Einwand ist regelmäßig und immer dann zurückzuweisen, wenn vom Verurteilten ein

57) Michel in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1935 S. 1220.

58) Dies ist besonders dann der Fall, wenn das Gericht auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt hat.

59) neueste Fassung vom 17. Januar 1936 (RGBl. I S. 18).

Rechtsmittel nicht eingelegt wurde, da nach einem allgemeinen durch die ständige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte entwikkelten Grundsatz die Verwaltungsbehörden ihrer Entscheidung die in einem Strafverfahren getroffenen Feststellungen von Tatsachen zu Grunde zu legen haben[60]).

Auch Handlungen, die nicht strafbaren Charakters oder lediglich Übertretungen sind, können gegen die persönliche Zuverlässigkeit sprechen, so wiederholte gewerbepolizeiliche Verstöße, die Ausbeutung von Arbeitnehmern, insbesondere von Lehrlingen, das Vernachlässigen der sozialen Verpflichtungen usw. Hierher gehört nicht zuletzt der Versuch des Antragstellers, sich durch falsche Angaben, z. B. über seine Sachkunde, die Ausnahmebewilligung zu erschleichen[61]).

Die die Unzuverlässigkeit begründenden Handlungen brauchen nicht notwendig in der Person des Antragstellers selbst, sondern können auch bei Personen, die auf seinen Gewerbebetrieb Einfluß haben, vorliegen. Bei einer Lebensgemeinschaft mit anderen Personen muß deren Unzuverlässigkeit durch die gegenseitige fortgesetzte Beeinflussung in vielen Fällen eine Unzuverlässigkeit des Antragstellers entstehen lassen. So ist das Verhalten des Ehegatten als erheblich anzusehen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die eheliche Lebensgemeinschaft auf die gewerbliche Tätigkeit des anderen Eheteils Einfluß zu üben vermag[62]), ebenso das Verhalten des Verlobten[63]), der Eltern, Hauskinder und Geschwister. Das Vorliegen der in anderen Personen begründeten Tatsachen rechtfertigt die Annahme der persönlichen Unzuverlässigkeit jedoch nur, wenn aus ihr ein Schluß auf das künftige Verhalten des Antragstellers als Inhaber einer Einzelhandelsverkaufsstelle gezogen werden kann[64]).

Die Tatsachen, die zur Begründung persönlicher Unzuverlässigkeit herangezogen werden, dürfen jedoch nicht allzu weit zurückliegen; denn, wer längere Zeit sich nichts mehr zu schulden kom-

60) Bayer. Verwaltungsgerichtshof in Reger 54 S. 322.
61) le Viseur in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1935 S. 1223.
62) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof in „Gewerbearchiv für das Deutsche Reich" 21/193.
63) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof in Reger 28/16.
64) siehe hierzu die entsprechenden Ausführungen für das Gaststättengesetzt in Michel „Gaststättengesetz" § 2 Anm. II 1.

men ließ und damit zu erkennen gab, daß sich seine Zuverlässigkeit gebessert hat und in Zukunft Verstöße gegen das Allgemeinwohl von seiner Seite nicht mehr zu erwarten sind, muß wieder als zuverlässig gelten.

Die persönliche Zuverlässigkeit ist weiter zu verneinen, wenn ein Konkursverfahren oder ein Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses noch schwebt oder erst kurze Zeit vorher beendet worden ist; denn gerade die Geschäftsleute, die nach einem wirtschaftlichen Zusammenbruch versuchen ein neues Geschäft aufzubauen, haben, da sie von keiner Seite Kredit erhalten, in der Regel das hierzu benötigte Geld durch irgendwelche Schiebungen der Konkursmasse entzogen und durch diese allgemeine Schädigung der sämtlichen Gläubiger ihre Unzuverlässigkeit dargetan. Die Tatsache allein jedoch, daß der Gewerbetreibende vor Jahren bereits einmal einen Konkurs oder einen Vergleich durchgemacht oder den Offenbarungseid geleistet hat, berechtigt noch nicht zu der Annahme, daß er persönlich unzuverlässig sei[65]). Es sind doch gerade in den Jahren der Wirtschaftskrise genug anständige Kaufleute zugrunde gegangen; sie mußten oft nur deshalb in Konkurs gehen, weil sie ohne eigenes Verschulden in eine Kette wirtschaftlicher Zusammenbrüche verstrickt wurden. Wenn solche Kaufleute heute noch einmal den Mut aufbringen, sich selbständig zu machen, so darf man ihnen nicht schlechthin die persönliche Zuverlässigkeit auf Grund ihres damaligen Zusammenbruchs absprechen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn dem Antragsteller bei seinem Zusammenbruch ein grobes Verschulden nicht zur Last fiel und wenn er alles getan hat, um seine Gläubiger zu befriedigen.

Die persönliche Zuverlässigkeit umfaßt an sich nicht die sogenannte betriebliche Zuverlässigkeit. Diese erfordert, daß bei Übernahme oder Errichtung eines Geschäfts das erforderliche Kapital zur Verfügung steht. Obwohl Kapitalmangel somit noch nicht die persönliche Unzuverlässigkeit begründet, ist, besonders wenn die Frage der persönlichen Zuverlässigkeit aus den übrigen der Verwaltungsbehörde bekannt gewordenen Umständen nicht eindeutig gelöst werden kann, die finanzielle Leistungsfähigkeit des Antragstel-

65) Michel in „Deutsche Wirtschaftszeitung" 1934 S. 1007.

lers zu prüfen, da erfahrungsgemäß viele Kaufleute ihren Kapitalmangel durch unlautere Machenschaften auszugleichen versuchen[66]).

Als unzuverlässig haben ferner alle die Personen zu gelten, bei denen bereits die Unzuverlässigkeit durch einen Akt einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde festgestellt worden ist. Dies sind zunächst die wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung Entmündigten. Bei der Geistesschwäche versteht sich dies von selbst und ist in den beiden anderen Fällen daraus zu erklären, daß diese Entmündigung nur dann zulässig ist, wenn die betreffende Person durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt, bezw. infolge von Trunksucht seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt oder die Sicherheit anderer gefährdet (§ 6 Abs. I BGB)[67]). Schließlich gehören alle die Fälle hierher, in denen bereits auf Grund einer der folgenden gesetzlichen Vorschriften eine Untersagung der Handelserlaubnis erfolgt ist: § 20 der Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 13. Juli 1923 (RGBl. I S. 706), §§ 35, 35 b der Gew.O., § 14 des Lebensmittelgesetzes[68]), 5 des Gesetzes über das Versteigerergewerbe vom 16. Oktober 1934 (RGBl. I S. 974)[69]) und § 42 I StGB.

Eine Frage ist es noch, die in den letzten Jahren immer wieder zur Entscheidung stand und auch heute noch die Verwaltungsbehörden beschäftigt. „Ist die nichtarische Abstammung allein schon eine Tatsache, aus der die persönliche Unzuverlässigkeit hervorgeht?" Diese Frage ist zu verneinen. Es ergibt sich dies eindeutig aus einer Reihe von Gesetzen, die nach dem 30. Januar 1933 ergangen sind. So bestimmt die Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über das Versteigerergewerbe vom 30. Oktober 1934 (RGBl. I S. 1089) in § 11 Abs. I, daß bei der Prüfung der Frage, ob der Nachsuchende die für das Versteigerergewerbe erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, das Vorleben und etwaige Straftaten zu berücksichtigen sind. Dazu kommt, daß in § 11 Abs. II dieser Ver-

66) so Hartwig in „Bayerische Wirtschaftszeitung" 1936 Nr. 5 S. 5.
67) le Viseur in „Wirtschaftsbl. d. Ind.- und Handelskammer zu Berlin" 1935 S. 1223.
68) Neueste Fassg. v. 17. Jan. 1936 (RGBl. I S. 18)
69) Das Gesetz ist geändert durch d. Gesetze vom 27. Febr. und 31. Mai 1935 (RGBl. I S. 289, 723).

ordnung mit großer Genauigkeit Tatbestände aufgezählt sind, die daneben noch für die Bejahung oder Verneinung der Zuverlässigkeit von Bedeutung sind. Die Nichtarier-Eigenschaft ist hier in keiner Weise erwähnt, obwohl nach dem Willen des Gesetzgebers die moralische Zuverlässigkeit der Versteigerer, denen oft wertvolles Gut oder die letzte Habe in Not befindlicher Personen anvertraut ist, nach strengsten Grundsätzen zu prüfen ist. Umgekehrt ist in allen neuen Gesetzen, in denen die arische Abstammung die Voraussetzung für die Ausübung eines bestimmten Berufes ist, eine dahingehende Bestimmung enthalten[70]).

Alles dies beweist, daß, soweit nichts Besonderes bestimmt ist, mit der Rasse verbundene Erbanlagen die Annahme gewerbepolizeilicher Unzuverlässigkeit nicht begründen, falls der Gewerbetreibende nach seinem bisherigen Verhalten zu einer Beanstandung keinen Anlaß gegeben hat[71]). Das bisherige Verhalten des Antragstellers wird allerdings im Hinblick auf die besonderen Eigenschaften der jüdischen Rasse in jedem Falle einer besonders strengen Nachprüfung zu unterziehen sein.

3. Auch wenn der Antragsteller die für den Betrieb der beabsichtigten Verkaufsstelle erforderliche Sachkunde besitzt und eine einwandfreie Persönlichkeit ist, kann eine Ausnahmebewilligung versagt werden, wenn die Errichtung der Verkaufsstelle in der in Aussicht genommenen Gegend zu einer außergewöhnlichen Übersetzung innerhalb des gleichen Handelszweiges führen würde (Ziffer II der Durchführungsverordnung). Von dieser Vorschrift ist nur sehr selten Gebrauch zu machen und bei der Übernahme ganz davon abzusehen[72]). Eine außergewöhnliche Übersetzung liegt dann vor, wenn die fast überall schon vorhandene Übersetzung eines Handelszweiges durch die Vermehrung um eine weitere Verkaufsstelle in der in Betracht kommenden Gegend oder an dem in Frage stehenden Ort zu einer so außergewöhnlichen werden würde, daß die Bewilligung einer Ausnahme zu einer Notlage des ganzen Handels-

70) Vergl. z. B. § 1 a des Reichsbeamtengesetzes vom 17. Mai 1907, eingefügt durch Gesetz vom 30. Juni 1933 (RGBl. I S. 433) und § 5 des Schriftleitergesetzes vom 4. Oktober 1933 (RGBl. I S. 713).

71) so auch die ausführliche Entscheidung des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs in Reger 56 S. 1 ff.

72) siehe Runderl. d. Reichswirtschaftsmin. vom 10. Jan. 35 — V 6/35.

zweiges in der betreffenden Gegend führen würde und deshalb im allgemeinen Interesse nicht mehr verantwortet werden kann[73]). Dabei ist unter Gegend der gemeinsame Absatzbereich, d. h. also die Gegend zu verstehen, deren Bewohner als Kunden für die Verkaufsstelle in Betracht kommen.

Die Verwaltungsbehörde, die das Vorliegen der Übersetzung feststellen muß, hat hiebei meist mit großen Schwierigkeiten zu kämpfen, da sich eine feste, auf jeden Fall passende Norm nicht aufstellen läßt und die Angaben der in Frage kommenden Konkurrenzunternehmen in der Regel jede Sachlichkeit vermissen lassen. Zunächst ist zu untersuchen, welche Geschäfte durch die geplante Neuerrichtung überhaupt betroffen werden können. Zu diesem Zwecke wird sich die Verwaltungsbehörde eine Liste der Artikel vorlegen lassen, die die sämtlichen Waren, die in der beabsichtigten Verkaufsstelle geführt werden sollen, enthält. In kleineren Gemeinden läßt sich hieraus ohne weiteres ermitteln, mit welchen Geschäften die beantragte Verkaufsstelle im Wettbewerb stehen wird. In Großstädten ist jedoch vielfach die Feststellung der im gemeinsamen Absatzbereich liegenden Verkaufsstellen überhaupt nicht durchführbar, weil der Handel oft nicht örtlich gebunden ist, sondern sich über das ganze Großstadtgebiet erstreckt. Dies gilt zunächst insbesondere für bestimmte Spezialgeschäfte (z. B. Kraftfahrzeuge, Radio usw.) und weiterhin für bestimmte Hauptstraßen und Geschäftsviertel, in denen sich der Handel mit bestimmten Artikeln, wie Möbel, Textilwaren usw. zusammenballt und die einzelnen Verkaufsstellen, die meist in Form von größeren Kaufhäusern betrieben werden, im Hinblick auf das Kapital, das in derartigen Unternehmen arbeitet, und die hohen Spesen darauf angewiesen sind, daß sich ihr Kundenkreis nicht auf ein bestimmtes Stadtviertel beschränkt. In diesen Fällen wird, sofern nicht bereits eine außergewöhnliche Übersetzung besteht, eine einzelne Verkaufsstelle die vielleicht bestehende, das übliche Maß jedoch nicht übersteigende Übersetzung nicht zu einer außergewöhnlichen gestalten.

---

73) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 24. Oktober 1934 — V 5763/34.

74) vergl. Duda in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1935 S. 897.

Weiter spielt eine große Rolle die Frage, wie stark sich die beantragte Verkaufstelle für die betroffenen Verkaufsstellen auswirken wird. Bei einzelnen Verkaufsstellen wird nur eine der geführten Warengattungen, bei anderen das ganze Geschäft betroffen werden. Wie weit die neue Verkaufsstelle geeignet sein wird, die Kunden der gleichartigen Geschäfte an sich zu ziehen, wird auch von der Größe des Betriebs, für die sowohl die räumliche Ausdehnung der Verkaufsstelle und des Lagers wie das investierte Kapital maßgebend sind, abhängen.

Fraglich ist, ob auch diejenigen Verkaufsstellen, die Hilfsbetriebe eines Handwerksbetriebs und mit diesem räumlich verbunden sind, zu berücksichtigen sind, da derartige Betriebe nicht als Einzelhandelsbetriebe im Sinne des Einzelhandelsschutzgesetzes gelten. Geht man lediglich von der Überschrift des Gesetzes aus, so kann man allerdings den Standpunkt vertreten, daß sich ein Handwerker mit seinem Hilfsbetrieb nicht auf das den Schutz des Einzelhandels bezweckende Gesetz berufen kann[75]). Diese Ansicht steht jedoch mit dem Grundsatz, daß wirtschaftliche Fragen immer unter dem Gesichtspunkt der Gesamtwirtschaft gelöst werden müssen, im Widerspruch. Es wäre auch wirtschaftlich sinnwidrig bei der Prüfung der Übersetzungsfrage die mit dem Handwerksbetrieb räumlich verbundenen und die von diesem getrennten Verkaufsstellen verschieden zu behandeln.

Eine positive Feststellung, daß eine allgemeine Notlage zu befürchten ist, läßt sich mit Sicherheit jedoch nur treffen, wenn im einzelnen die persönlichen Verhältnisse bei den Konkurrenzgeschäften, insbesondere die erzielten Umsätze sowie der Reinverdienst ermittelt werden. Da der Verwaltungsbehörde hierfür keine objektiven Unterlagen, sondern lediglich die sehr subjektiv gehaltenen Vorstellungen der von der beabsichtigten Neuerrichtung betroffenen Geschäftsinhaber zur Verfügung stehen, läßt sich eine solche Feststellung nur in seltenen Fällen treffen. Nachdem somit eine Reihe von Umständen in der Regel die genaue Prüfung der zu befürchtenden außergewöhnlichen Übersetzung unmöglich machen wird, wird die Verwaltungsbehörde in allen Zweifelsfällen die Kann-Vorschrift

75) so Duda in „Wirtschaftsblatt d. Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1935 S. 897.

der Ziffer II der Durchführungsverordnung nicht zur Anwendung bringen.

B.

Strengere Vorschriften gelten für die den Bestand des mittelständischen Einzelhandels besonders gefährdenden Geschäftstypen, die Warenhäuser, Kleinpreisgeschäfte, Serienpreisgeschäfte und die anderen durch die besondere Art der Preisstellung gekennzeichneten Geschäfte, sowie die Verkaufsstellen der Filialunternehmen. Eine Ausnahmebewilligung für die Errichtung eines solchen Geschäftes darf gemäß Ziffer III der Durchführungsverordnung nur erteilt werden, wenn außer den in Ziffer II der Durchführungsverordnung geforderten Voraussetzungen (Sachkunde und persönliche Zuverlässigkeit) ein Bedürfnis für die Errichtung einer solchen Verkaufsstelle nachgewiesen wird. Diese Bestimmung kommt einer allgemeinen Sperrvorschrift für derartige Betriebe gleich, da ein Bedürfnis für solche Geschäfte in kleineren und mittleren Städten grundsätzlich überhaupt nicht besteht und in Großstädten die bereits vorhandenen Geschäfte allen wirtschaftlichen Bedürfnissen genügen.

Nicht immer wird es für die Verwaltungsbehörde leicht sein festzustellen, ob die beantragte Verkaufsstelle als Warenhaus anzusehen ist. Folgende drei Merkmale kennzeichnen einen Warenhausbetrieb: a) ein Warenhaus zeichnet sich in erster Linie durch die Verschiedenheit und Vielgestaltigkeit der geführten Waren aus. Es ist bestrebt möglichst alle Kaufbedürfnisse unter einem Dach zu befriedigen. Da bei der Befriedigung der Kaufbedürfnisse die Güter des täglichen Bedarfs eine besonders hervorragende Rolle spielen und unter den Gütern des täglichen Bedarfs die Lebensmittel wieder an erster Stelle stehen, gehört zum Warenhaus auf alle Fälle eine Lebensmittelabteilung[76]). b) Der Betrieb eines Warenhauses, das meistens ein mehrstöckiges Haus einnimmt, erfordert weit größere Betriebsmittel als ein gewöhnliches Einzelhandelsgeschäft; er erfolgt daher auch meist in der Form einer Kapitalgesellschaft. c) Schließlich ist es das Geschäftsgebaren, das beim Warenhausbetrieb von

76) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 16. Dezember 1933 — III A 18008/33 und Splettstößer in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1936 S. 789.

den Grundsätzen und Formen der übrigen Gewerbeausübung wesentlich abweicht. Durch möglichste Steigerung des Absatzes und eine dadurch ermöglichte geringe Gewinnspanne bei den einzelnen Waren sowie durch großzügige Werbemethoden versucht man, die Kunden an sich zu ziehen. Fehlt eine dieser drei Voraussetzungen, so liegt kein Warenhaus vor. Handelt es sich zwar um einen hochkapitalistischen Betrieb, der in Umfang und Geschäftsführung dem Warenhaus gleicht, fehlt jedoch die Branchenhäufung, wird insbesondere eine Lebensmittelabteilung nicht geführt, so hat man es nicht mehr mit einem Warenhaus, sondern mit einem Kaufhaus zu tun. An kleinen Plätzen gibt es auch Verkaufsstellen, die die sämtlichen Kaufbedürfnisse ihrer Kunden durch eine möglichst große Vielgestaltigkeit ihrer Waren zu befriedigen suchen. Der Geschäftsbetrieb hält sich jedoch hinsichtlich des Betriebskapitals wie des Geschäftsgebarens ganz im Rahmen einer Einzelhandelsverkaufsstelle. Es handelt sich hier um sog. Gemischtwarengeschäfte, die natürlich mit einem Warenhausbetrieb nichts zu tun haben[77]).

Der Bedürfnisnachweis ist nur erforderlich für die Errichtung eines Warenhauses, Kleinpreisgeschäftes usw., nicht aber für die Übernahme eines solchen Geschäftsbetriebes[78]). Die Übernahme ist hier nicht anders zu behandeln als die Übernahme einer gewöhnlichen Einzelhandelsverkaufsstelle, d. h. die Genehmigung ist abhängig von der Sachkunde und davon, daß keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich der Mangel der erforderlichen Zuverlässigkeit ergibt (Ziff. I der Durchführungsverordnung).

Da die Sperrvorschrift der Ziff. III der Durchführungsverordnung offensichtlich eine weitere Ausdehnung der dort genannten Geschäftsbetriebe vermeiden will, ist bei den sog. Filialunternehmen, d. h. den mehrere Verkaufsstellen betreibenden Unternehmen, der Begriff der Übernahme dahin einzuengen, daß lediglich dann der Weiterbetrieb einer neu erworbenen bereits bestehenden Verkaufsstelle als Übernahme gilt, wenn die wirtschaftliche oder kapitalmäßige Struktur dieser Verkaufsstelle dabei keine wesentliche Ände-

---

77) Splettstößer in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1936 S. 789.

78) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 10. Jan. 36 — V 26152/35.

rung erfährt[79]). Nicht als Übernahme, sondern als Errichtung einer Verkaufsstelle, für deren Genehmigung der Bedürfnisnachweis erforderlich ist, sind hiernach folgende Fälle zu betrachten. Ein Filialunternehmen, das sich auszubreiten versucht, übernimmt eine bisher als selbständiges Einzelhandelsgeschäft geführte Verkaufsstelle. Da die übernommene Verkaufsstelle damit aufhört ein selbständiger Einzelhandelsbetrieb zu sein, ihre wirtschaftliche Struktur und Bedeutung gegenüber früher völlig ändert und das übernehmende Filialunternehmen eine weitere Ausdehnung auf Kosten des mittelständischen Einzelhandels erfährt, liegt hier keine Übernahme mehr, sondern eine Errichtung einer neuen Verkaufsstelle eines Filialunternehmens vor. Der äußerste Grenzfall in dieser Richtung ist die Übernahme eines Teils oder sämtlicher Verkaufsstellen eines kleinen Filialunternehmens durch einen Filialgroßbetrieb. Nachdem auch in diesem Falle mit der Übernahme eine so wesentliche Veränderung des Gepräges der einzelnen Verkaufsstelle und ihrer wettbewerbsmäßigen Auswirkungen verbunden ist, ist auch dieser Vorgang einer Neuerrichtung, die vom Nachweis des Bedürfnisses abhängig zu machen ist, gleichzusetzen[80]). Als Übernahme kommen nach Ausscheidung dieser als Errichtung anzusehenden Fälle nur folgende Vorgänge in Betracht. Ein Filialunternehmen übernimmt eine oder mehrere Filialen eines gleichgearteten oder größeren Filialunternehmens. Ein derartiger Besitzwechsel ändert nichts an der wirtschaftlichen Struktur der einzelnen Verkaufsstelle und bringt auch keine weitere Gefährdung des mittelständischen Einzelhandels mit sich. Dasselbe gilt, wenn ein Filialunternehmen den Besitzer wechselt. In diesen beiden Fällen ist also ein Bedürfnisnachweis nicht erforderlich[81]).

C.

Sondervorschriften gelten für die Verlegung einer Verkaufsstelle, die sich nicht im Rahmen des § 2 Abs. II des Einzelhandelsschutz-

---

79) Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 10. Januar 1936 — V 26152/35.

80) Runderlaß des Reichsw.-Min. v. 10. Jan. 1936 — V 26152/35.

81) Mauve in „Wirtschaftsblatt der Ind.- und Handelskammer zu Berlin" 1936 S. 159.

gesetzes hält und für die durch § 3 der Errichtung entweder in zeitlicher oder in räumlicher Hinsicht gleichgestellten Tatbestände.

1. Wenn bei der Verlegung einer Verkaufsstelle innerhalb desselben Gemeindebezirks die Verkaufsstelle von dem Inhaber nicht mindestens ein Jahr betrieben worden ist oder die neuen Verkaufsräume mehr als ein Zehntel größer als die bisherigen sind, so findet gemäß Ziff. IV der Durchführungsverordnung die Vorschrift der Ziff. I der Durchführungsverordnung — Nachweis der Sachkunde und Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit — keine Anwendung. Bei einer gewöhnlichen Einzelhandelsverkaufsstelle kann die Ausnahmebewilligung nur versagt werden, wenn die Verkaufsstelle in der Gegend ihres Standorts zu einer außergewöhnlichen Übersetzung innerhalb des gleichen Handelszweiges führen würde. Bei den in Ziff. III der Durchführungsverordnung genannten Geschäftstypen (Warenhaus, Kleinpreisgeschäft usw.) darf für eine sich nicht im Rahmen des § 2 Abs. II des Einzelhandelsschutzgesetzes haltende Verlegung eine Ausnahmebewilligung nur erteilt werden, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen wird.

2. Beträgt eine 25 Quadratmeter übersteigende Erweiterung einer Verkaufsstelle nicht mehr als ein Viertel des beim Inkrafttreten des Gesetzes vorhandenen Verkaufsraumes und steht der neue Verkaufsraum in unmittelbarem Zusammenhang mit den bisherigen Verkaufsräumen, so ist gemäß Ziff. V a Satz 1 der Durchführungsverordnung die beantragte Ausnahmebewilligung zu erteilen, ohne daß der Antragsteller seine Sachkunde nachzuweisen braucht und dessen persönliche Zuverlässigkeit geprüft sowie eine Untersuchung über die außergewöhnliche Übersetzung vorgenommen wird. Erstreckt sich die räumliche Erweiterung auf mehr als ein Viertel des beim Inkrafttreten des Einzelhandelsschutzgesetzes vorhandenen Verkaufsraumes oder steht der neue Verkaufsraum mit den bisherigen Verkaufsräumen nicht in unmittelbarem Zusammenhang, so kann gemäß Ziff. V a Satz 2 der Durchführungsverordnung die Ausnahmebewilligung für eine derartige Erweiterung bei einer gewöhnlichen Einzelhandesverkaufsstelle versagt werden, wenn die Erweiterung der Verkaufsstelle in der Gegend ihres Standorts zu einer außergewöhnlichen Übersetzung innerhalb des gleichen Handelszweigs führen würde. Nach der gleichen Vorschrift darf eine Aus-

nahmebewilligung für eine derartige Erweiterung einer Verkaufsstelle von der in Ziff. III der Durchführungsverordnung genannten Art nur erteilt werden, wenn ein Bedürfnis hierfür nachgewiesen wird.

3. Gegenüber diesen Erleichterungen ist bei anderen in § 3 des Einzelhandelsschutzgesetzes zur Errichtung einer Verkaufsstelle gleichgestellten Tatbeständen die Erteilung einer Ausnahmebewilligung von besonderen Voraussetzungen abhängig. Nach Ziff. V b der Durchführungsverordnung sollen Ausnahmen von dem Verbot des § 3 Ziff. 4 des Einzelhandelsschutzgesetzes[82]) in einer Gemeinde mit weniger als 30 000 Einwohnern überhaupt nicht und in einer Gemeinde mit mehr als 30 000 Einwohnern nur dann zugelassen werden, wenn sich aus der Lage der Verkaufsstelle, der Art, Lage und Entfernung der vorhandenen sonstigen Verkaufsstellen, der sozialen Schichtung und Dichtigkeit der Bevölkerung ein Bedürfnis für die beabsichtigte Änderung ergibt. Nur wenn es sich um eine Änderung in der Bezeichnung, die durch die Mitgliedschaft bei einer ausschließlich dem gewerblichen Mittelstand dienenden Einkaufs- oder Warenbezugsgenossenschaft begründet wird, handelt, ist gemäß Ziff. V c der Durchführungsverordnung die Ausnahme in der Regel zuzulassen.

4. Schließlich soll von dem Verbot des § 3 Nr. 5 des Einzelhandelsschutzgesetzes[83]) eine Ausnahme nur dann zugelassen werden, wenn durch die besondere Lage der Verkaufsstelle ein Bedürfnis für den Verkauf von Lebensmitteln nachgewiesen wird.

D.

1. Das bei der Zulassung einer Ausnahme von den Verbotsvorschriften der §§ 2, 3 und 4 des Einzelhandelsschutzgesetzes einzuhaltende Verfahren ist im Gesetz selbst und in der Durchführungs-

82) § 3 Ziff. 4 des Einzelhandelsschutzgesetzes verbietet in Verbindung mit § 2 Abs. I des Gesetzes eine Änderung in der Bezeichnung der Verkaufsstelle, wenn durch die geänderte Bezeichnung auf eine besondere Art der Preisstellung oder auf den Bezug der Waren von einem bestimmten Einkaufsunternehmen hingewiesen wird.

83) § 3 Nr. 5 des Einzelhandelsschutzgesetzes verbietet in Verbindung mit § 2 Abs. I des Gesetzes die Ausdehnung des Verkaufs auf Lebens- und Genußmittel in Verkaufsstellen, in denen ausschließlich oder überwiegend andere Waren zum Verkauf feilgehalten werden.

verordnung nur kurz geregelt. Soweit das Gesetz keine ausdrückliche Regelung trifft, sind auch hier die allgemeinen durch Schrifttum und Rechtsprechung für das Verwaltungsverfahren entwickelten Grundsätze zur Anwendung zu bringen. Da im Gesetz über die Art des Verfahrens eine besondere Vorschrift fehlt, ist in allen Ländern, in denen wie z. B. in Bayern Verwaltungsrechtssachen nur die Sachen sind, die ausdrücklich als solche erklärt sind (Aufzählungsgrundsatz), das reine Verwaltungsverfahren anzuwenden. Die vorgesetzte Behörde kann in diesen Ländern der entscheidenden Behörde in jeder Lage des Verfahrens bindende Sachweisung erteilen.

Für das Verfahren sind zwei Instanzen vorgesehen. Die für die beiden Instanzen zuständigen Verwaltungsbehörden sind auf Grund der in § 5 Satz 2 und 3 des Einzelhandelsschutzgesetzes enthaltenen Ermächtigung von den obersten Landesbehörden bestimmt worden[84]).

2. Am Verfahren beteiligt ist lediglich der Antragsteller. Der Hausbesitzer, in dessen Gebäude die Verkaufsstelle errichtet oder weitergeführt werden soll, und die in der Gegend befindlichen Konkurrenzunternehmen werden zwar von der Versagung bezw. Erteilung der Genehmigung in wirtschaftlicher Hinsicht oft stark betroffen, sind jedoch nicht Beteiligte. Sie haben deshalb keinen Anspruch auf Zuziehung zum Verfahren; der Bescheid ist ihnen, auch wenn sie zur Übersetzungsfrage gehört worden sind, nicht zuzustellen. Als Beteiligte sind auch nicht die amtlichen Berufsvertretungen anzusehen, die gemäß § 5 Satz 3 des Einzelhandelsschutzgesetzes und Ziff. VII der Durchführungsverordnung von der entscheidenden Verwaltungsbehörde gutachtlich gehört werden müssen. Gehört werden muß in jedem Fall die zuständige Industrie- und Handelskammer, die in erster Linie dazu berufen ist, die Interessen des Einzelhandels zu wahren. Handelt es sich um die Belange des Handwerks, also insbesondere um einen handwerklichen Hilfsbetrieb oder um die Frage, ob der Verkauf der Waren als Zubehörgeschäft zu einem Handwerksbetrieb oder als selbständiges Einzelhandelsgeschäft anzusehen ist, so ist auch die zuständige Handwerkskammer zu hören.

---

84) Für Bayern siehe die Ausführungsverordnung vom 15. Mai 1933 (GVBl. S. 150).

Nach dem Runderlaß des Reichswirtschaftsmin. vom 10. Juli 1936 — V 14097/36 — ist bei Einzelhandelsverkaufsstellen, zu deren Betrieb auch die Genehmigung der Reichskulturkammer erforderlich ist, in das Verfahren nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erst dann einzutreten, wenn dem Antragsteller die Genehmigung der Reichskulturkammer erteilt ist.

Derselbe Runderlaß ordnet an, daß bei Bahnhofsverkaufsstellen, soweit der Bedürfnisnachweis zu erbringen ist, auch noch die Äußerung der zuständigen Reichsbahndirektion einzuholen ist.

Die gutachtlichen Äußerungen der Berufsvertretungen sind jedoch für die Verwaltungsbehörde nicht bindend. Diese entscheidet vielmehr unabhängig nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen.

3. Der Bescheid der Verwaltungsbehörde muß dem Antragsteller zugestellt werden. Diesem allein und nicht den Personen oder Körperschaften, die vom Ausgang des Verfahrens in ihren Belangen zwar betroffen werden, jedoch nicht Beteiligte sind, steht gemäß § 5 Satz 2 des Einzelhandelsschutzgesetzes das Recht zu, binnen zwei Wochen an die von der obersten Landesbehörde bestimmte Stelle Beschwerde einzulegen. Obwohl es sich hier nicht um ein verwaltungsrechtliches, sondern um ein reines Verwaltungsverfahren handelt, hat im Hinblick auf die für die Beschwerdeeinlegung festgesetzte 14tägige Ausschlußfrist der erst instanzielle Bescheid eine Beschwerdebelehrung zu enthalten. Enthält die Entscheidung keine Beschwerdebelehrung, so wird die Beschwerdefrist überhaupt nicht in Lauf gesetzt. Das gleiche gilt, wenn die Beschwerdebelehrung unrichtig ist[85]). Neben der an eine 14tägige Frist gebundenen nur dem Beteiligten zustehenden Rechtsbeschwerde steht jedem, der sich durch die getroffene Entscheidung beschwert fühlt, das Recht der Aufsichtsbeschwerde zu. Der wesentliche Unterschied von der

85) Die gegenteilige Ansicht hält eine unrichtige Beschwerdebelehrung in den Fällen für unbeachtlich, in denen wie im Einzelhandelsschutzg. eine Beschwerdebelehrung nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist (so Becker, Die Reichsabgabenordnung Anm. 3 zu § 231 und die dort angeführte Rechtsprech.). Wie hier VGH. 41 S. 72 (Plenarentscheidung) und VGH. 50 S. 147 (a. Ans noch VGH. 20 S. 56) sowie Dyroff, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz S 622 ff. Diese für das Verwaltungsrechtsverfahren ergangenen Entscheidungen gehen auf den allgemeinen, heute mehr denn je geltenden Grundsatz zurück, daß aus dem fehlerhaften Verhalten einer Behörde dem Beteiligten kein Nachteil erwachsen darf.

Rechtsbeschwerde besteht darin, daß bei der Aufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführer keinen Rechtsanspruch auf eine Nachprüfung der angegriffenen Entscheidung und auf eine ausführliche Verbescheidung hat[86]).

Die Möglichkeit, eine einmal erteilte Genehmigung durch Einlegung der Aufsichtsbeschwerde zu Fall zu bringen, ist jedoch äußerst beschränkt. Nach § 5 Satz 3 des Einzelhandelsschutzgesetzes unterliegt ein stattgebender Bescheid nicht der an eine 14-tägige Frist gebundenen Rechtsbeschwerde, sondern wird sofort rechtskräftig und erlangt damit vollen und dauernden Rechtsbestand. Ein Widerruf der Genehmigung auf Grund einer Aufsichtsbeschwerde kommt daher nur in den wenigen Fällen in Frage, in denen durch die Erteilung der Genehmigung gegen eine Gesetzesvorschrift verstoßen worden ist.

Häufig wird jedoch der Antragsteller nach Erschöpfung der in § 5 des Einzelhandelsschutzgesetzes vorgesehenen 2 Instanzen nach einem ablehnenden Bescheid noch den Versuch machen, im Wege der Aufsichtsbeschwerde die begehrte Ausnahmebewilligung zu erreichen. Wieweit sich die Aufsichtsbehörde mit einer derartigen, an sich zulässigen Aufsichtsbeschwerde im Einzelfall befaßt, steht ganz in ihrem Ermessen.

4. In Grenzfällen würde nicht selten unter dem Gesichtspunkt der Sachkunde oder der außergewöhnlichen Übersetzung eine Genehmigung nach § 5 des Einzelhandelsschutzgesetzes unter ausdrücklicher Beschränkung auf bestimmte Warengattungen oder bestimmte Waren allein den praktischen Bedürfnissen entsprechen. Der Reichswirtschaftsminister hat jedoch derartige bedingte Ausnahmebewilligungen, wie sie von den Verwaltungsbehörden öfters erteilt worden sind, durch Runderlaß vom 10. Januar 1936 — V 26 152/35 — mit der Begründung für unzulässig erklärt, daß die gegenwärtige Fassung des Gesetzes hierfür keine Grundlage biete. Abgesehen davon, daß diese Auslegung des Gesetzes äußerst formalistisch ist, kann sich die gegenteilige Auffassung sehr wohl auf das Gesetz, insbesondere auf die Bestimmungen der Durchführungsverordnung

86) Über die einzelnen Merkmale der Rechtsbeschwerde und ihren Unterschied von der Aufsichtsbeschwerde siehe Jellinek, Verwaltungsrecht S. 294, wo die Rechtsbeschwerde als formelle Beschwerde bezeichnet ist.

stützen. Nach Ziffer I der Durchführungsverordnung soll eine Ausnahme von dem Errichtungs- und Übernahmeverbot des § 2 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes nur zugelassen werden, wenn der Antragsteller die für den Betrieb der Verkaufsstelle erforderliche Sachkunde nachweist. Nicht selten wird sich aber die Sachkunde des Antragstellers nur auf ganz bestimmte Waren oder Warengattungen erstrecken. Nachdem auch die Zulassung einer Ausnahme noch versagt werden kann, wenn zwar der Antragsteller die erforderliche Sachkunde besitzt und persönlich zuverlässig ist, aber die Errichtung der beabsichtigten Verkaufsstelle in der in Aussicht genommenen Gegend zu einer außergewöhnlichen Übersetzung innerhalb des gleichen Handelszweiges führen würde (Ziff. II der Durchführungsverordnung), kommt es sicherlich auch manchmal vor, daß bei einem Teil der Waren, die in der neuen Verkaufsstelle geführt werden sollen, bereits eine außergewöhnliche Übersetzung besteht. Es läßt sich somit sowohl unter dem Gesichtspunkt der Sachkunde wie der außergewöhnlichen Übersetzung eine Beschränkung auf bestimmte Waren oder Warengattungen rechtfertigen.

Während die Beschränkung einer Genehmigung auf bestimmte Waren aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes ohne weiteres hergeleitet werden kann, sind Bedingungen, die mit dem Gesetz selbst in keinerlei Zusammenhang stehen, unzulässig. So kann ein Genehmigungsbescheid nach § 5 des Einzelhandelsschutzgesetzes nicht dazu benützt werden, um dem Gesuchsteller vorzuschreiben, wie der Verkaufsraum auszugestalten ist oder wie groß die Schaufenster sein dürfen. Die Ausnahmebewilligung darf also nicht dazu dienen, um irgendwelche Lücken in baupolizeilichen oder anderen Gesetzen zu schließen.

Stellt man sich jedoch mit dem Reichswirtschaftsminister auf den Standpunkt, daß Genehmigungen auf Grund des § 5 des Einzelhandelsschutzgesetzes unter ausdrücklicher Beschränkung auf bestimmte Warengattungen oder bestimmte Waren unzulässig sind, so erhebt sich die Frage, wie die bisher erteilten derartigen Genehmigungen zu behandeln sind. Es bestehen hier drei Möglichkeiten. a) Die Genehmigung ist unbeschränkt erteilt, da die Beschränkung gesetzwidrig ist. Eine solche Auffassung wäre sicherlich dem betreffenden Geschäftsinhaber am liebsten. Die unbeschränkte Genehmigung

würde jedoch häufig mit den in Ziff. I und II der Durchführungsverordnung enthaltenen Grundsätzen im Widerspruch stehen. b) Der Genehmigungsbescheid ist überhaupt nichtig, da eine Genehmigung unter Beschränkung auf bestimmte Waren oder Warengattungen nach dem Gesetz unzulässig ist. Die praktische Durchführung dieses Standpunktes, die mit der Schließung einer Unzahl von Verkaufsstellen verbunden wäre, würde natürlich unermeßlichen Schaden anrichten. Eine Unmenge investierten Kapitals wäre mit einem Schlage verloren, die Mietforderungen der Hausbesitzer würden zum Teil nur noch auf dem Papiere stehen usw. c) Der Genehmigungsbescheid ist in der von der Verwaltungsbehörde erteilten Form, also unter Beschränkung auf bestimmte Warengattungen gültig. Dies ist, nachdem die Durchführung der beiden anderen Möglichkeiten von großen wirtschaftlichen Schäden begleitet sein würde, die einzige den praktischen Bedürfnissen gerecht werdende Lösung, die auch in ähnlichen gewerberechtlichen Fällen von der Rechtsprechung anerkannt ist[87]).

5. Weniger im Falle der Errichtung als im Falle der Übernahme, die oft unvorhergesehen erfolgt, wird der Übernehmer oft nicht in der Lage sein, den Nachweis der Sachkunde sofort zu erbringen. Mit derartigen Schwierigkeiten wird insbesondere der Übernehmer zu kämpfen haben, der als Erbe ein Einzelhandelsgeschäft weiterführen will. Um hier Härten und wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden, bleibt nur ein Weg. Dem Antragsteller ist eine für den Erwerb der Sachkunde ausreichende Frist zu bewilligen und die Bewilligung einstweilen unter der auflösenden Bedingung zu erteilen, daß der Nachweis der erforderlichen Sachkunde bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nachgebracht wird[88]).

Gelingt es dem Übernehmenden nicht, bis zu dem festgesetzten Zeitpunkt den Nachweis der Sachkunde zu führen, so ist ihm für

87) Vgl. hierzu Bayer. Verw.-Gerichtshof in Reger 47 S. 159, wo grundsätzlich festgestellt ist, daß ein Rechtssatz des Inhalts, daß eine in einem Verwaltungsakt unzulässigerweise beigefügte Nebenbestimmung als nicht geschrieben anzusehen sei auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, nicht besteht und daß aber auch die Fehlerhaftigkeit eines Verwaltungsakts die Staatsorgane nicht ermächtigt, ihn einfach zu übersehen.

88) So der Runderlaß d. Reichswirtschaftsministers v. 10. Jan. 1935 — V 6/35 — für die Übernahme im Wege des Erbgangs und der Runderlaß des Reichswirtschaftsministers vom 10. Januar 1936 — V 26152/35 — für die übrigen Fälle der Übernahme.

den Verkauf des Unternehmens eine angemessene Zeit durch Erteilung einer befristeten Genehmigung einzuräumen. In derselben Weise ist zu verfahren, wenn dem Übernehmer einer Einzelhandelsverkaufsstelle die persönliche Zuverlässigkeit fehlt[89]); denn wenn auch der Staat keinen Grund hat, einer unzuverlässigen Person durch eine befristete Genehmigung eine auch nur vorübergehende Gelegenheit zu geben sich im Einzelhandel zu betätigen, würden doch oft zu große wirtschaftliche Werte vernichtet werden, wenn man jedem unzuverlässigen Übernehmer einer Einzelhandelsverkaufsstelle sofort zwingen würde sein Geschäft zu schließen.

6. Die Notwendigkeit in jedem Einzelfall die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung zu prüfen bringt die Gefahr mit sich, daß die Verwaltungsbehörde sich auch einmal über die Sachkunde oder die persönliche Zuverlässigkeit des Antragstellers irrt, demselben diese Eigenschaften zu unrecht zuspricht und die Genehmigung zur Errichtung oder Übernahme der Verkaufsstelle erteilt. Entdeckt die Behörde nach der Errichtung bezw. Übernahme der Verkaufsstelle ihren Irrtum, an dessen Erregung der Antragsteller in keiner Weise beteiligt war, so kann sie die einmal erteilte Genehmigung nicht mehr anfechten[90]). Aus Gründen der Rechtssicherheit, die das ganze öffentliche Recht beherrscht, muß sich der Staatsbürger auf die Richtigkeit der von einer öffentlichen Behörde getroffenen Entscheidung verlassen können.

Anders ist die Rechtslage, wenn der Antragsteller selbst den Irrtum bei der Verwaltungsbehörde hervorgerufen, z. B. falsche Angaben über seine Sachkunde gemacht hat. Eine derartige erschlichene Genehmigung kann ohne weiteres wieder aufgehoben werden[91]).

7. Von dem Sonderfall der erschlichenen Genehmigung abgesehen, gilt auch im Einzelhandelsschutzgesetz der Grundsatz, daß eine einmal erteilte Genehmigung vollen und dauernden Rechtsbestand besitzt[92]). Es fragt sich nur, ob dies auch unbeschränkt gilt, wenn von der Genehmigung längere Zeit kein Gebrauch gemacht

---

89) So auch die beiden Runderlasse vom 10. I. 1935 und 10. I. 1936.
90) Fleiner S. 207.
91) Fleiner a. a. O.
92) so auch Mauve in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1936 S. 468.

wird. Nachdem eine positive Regelung wie im Gaststättengesetz[93]) im Einzelhandelsschutzgesetz fehlt, kommen für die Entscheidung dieser Frage nur die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts in Betracht. Allgemein gilt der Grundsatz, daß für jede Verfügung einer Verwaltungsbehörde die clausula rebus sic stantibus gilt. Fällt also in der Zeit nach der Erteilung der Genehmigung zur Errichtung einer Einzelhandelsverkaufsstelle eine der gesetzlich geforderten Voraussetzungen weg, ohne daß inzwischen die beantragte Verkaufsstelle errichtet worden ist, so kann die zuständige Verwaltungsbehörde die Genehmigung wieder zurücknehmen. Der Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen kann dadurch eintreten, daß der Antragsteller durch irgendwelche Handlungen seine Zuverlässigkeit verliert oder daß durch eine unterdessen erfolgte Neuerrichtung einer weiteren Verkaufsstelle oder durch Erweiterung eines bestehenden Einzelhandelsbetriebs die Gefahr einer außergewöhnlichen Übersetzung begründet wird[94]). Ist die Verkaufsstelle einmal errichtet, so kann der Betrieb derselben nur unter den Voraussetzungen des § 35 b der Gewerbeordnung und des § 20 der Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 3. Juli 1923 untersagt werden.

93) Gemäß § 4 Abs. I des Gaststättengesetzes erlischt die Erlaubnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft, wenn der Inhaber den Betrieb nicht innerhalb eines Jahres nach Erteilung der Erlaubnis beginnt.

94) Mauve in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1936 betrachtet die Frage des Rechtsbestandes einer nicht ausgenützten Genehmigung nur unter dem Gesichtspunkt der Gefahr einer außergewöhnlichen Übersetzung.

IV. Die übrigen Vorschriften des Einzelhandelsschutzgesetzes.

Im Einzelhandelschutzgesetz sind noch eine Reihe von Vorschriften enthalten, die zum Teil den Schutz anderer Gewerbe bezwekken, zum Teil nur besonders vordringliche Änderungen und Ergänzungen der Gewerbeordnung enthalten.

Gemäß § 7 Abs.I des Einzelhandelsschutzgesetzes dürfen selbständige Handwerksbetriebe im Sinne des § 1 Abs. II der 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 (RGBl. 1 S. 15)[95])[96]) in dem Betrieb eines Warenhauses, Einheitspreisgeschäftes, Kleinpreisgeschäftes, Serienpreisgeschäftes oder eines anderen, durch die besondere Art der Preisstellung gekennzeichneten Geschäftes, in der Verkaufs- oder Verteilungsstelle eines Konsumvereins oder einer Werkskonsumanstalt nicht errichtet werden. Das Verbot trifft also die handwerklichen Nebenbetriebe, d. h. solche Betriebe, die zwar mit dem betreffenden Einzelhandelsbetrieb verbunden sind, jedoch ganz oder teilweise Waren zum Absatz an Dritte auf Bestellung herstellen oder handwerkliche Leistungen auf Bestellung Dritter bewirken (z. B. Maßschneiderei), dagegen unterliegen die sogenannten Hilfsbetriebe, die ausschließlich oder doch überwiegend Arbeiten für den Eigenbedarf des Gesamtunternehmens oder zur Anfertigung, Änderung oder Reparatur der vom Lager des Unternehmens abzusetzenden oder abgesetzten Waren ausführen, dem Verbot nicht. Zu den erlaubten Hilfsbetrieben gehört insbesondere auch eine Schneiderwerkstatt, die auf Lager arbeitet oder sich darauf beschränkt, verkaufte Waren für den Kunden passend zu machen oder in Erfüllung einer Gewährleistungspflicht bei Mangelhaftigkeit auszubessern, sowie eine Reparaturwerkstatt für Eigendekoration eines Warenhauses. Die Reichsregierung kann bestimmen, daß selbständige Handwerksbetriebe, die in den in § 7 Abs. I Satz 1 des Einzelhandelsschutzgesetzes genannten Betrieben beim Inkrafttreten des Gesetzes bereits unterhalten wurden, nach Maßgabe der von ihr festzusetzenden Voraussetzun-

95) Geändert durch die Verordnung vom 22. Januar 1936 (RGBl. 1 S. 42).
96) Diese Vorschrift ist nun an die Stelle des im Einzelhandelsschutzgesetz noch angeführten § 1040 der Gew.O. getreten.

gen zu schließen sind. In Ausführung dieser Vorschrift ist die Verordnung über den Abbau der selbständigen Handwerksbetriebe in Warenhäusern vom 11. Juli 1933 (RGBl. 1 S. 468) ergangen. Diese Vorschrift des § 7 Abs. I des Einzelhandelsschutzgesetzes, die lediglich den Schutz des Handwerks bezweckt, gehört an sich in eines der Handwerksgesetze und ist wohl wegen der besonderen Dringlichkeit bereits in das Einzelhandelsschutzgesetz aufgenommen worden.

Ebenso fällt die Bestimmung des § 7 Abs. II aus dem Rahmen des Einzelhandelsschutzgesetzes. Hiernach ist der Betrieb einer Schankwirtschaft und die Abgabe zubereiteter Speisen zum Genuß an Ort und Stelle in Warenhäusern, Einheitspreisgeschäften oder anderen durch die besondere Art der Preisstellung gekennzeichneten Geschäften, in Verkaufs- oder Verteilungsstellen eines Konsumvereins oder einer Werkskonsumanstalt sowie in Verkaufsstellen eines Unternehmens, dessen Einzelhandelsumsatz insgesamt im Kalenderjahr 1933 den Betrag von 50 000 RM überstieg, mit Wirkung vom 1. November 1935 verboten. Der Reichswirtschaftsminister konnte auf Grund eines bis zum 1. Juni 1935 gestellten Antrags ganz oder teilweise Ausnahmen von diesem Verbot zulassen, wenn ein besonderes Bedürfnis für die Weiterführung des schank- oder speisewirtschaftlichen Betriebs (Erfrischungsraums) oder die Gefährdung des Gesamtunternehmens durch die Schließung des Erfrischungsraums nachgewiesen wurde. Das Verbot gilt nicht für Erfrischungsräume, für die durch Urteil des Reichswirtschaftsgerichts festgestellt worden ist, daß ihr Wegfall die Wirtschaftlichkeit des Gesamtunternehmens gefährden würde.

Während die engeren Bestimmungen des Einzelhandelsschutzgesetzes die Schaffung eines in jeder Hinsicht hochstehenden Einzelhandels bezwecken, soll durch den durch das Einzelhandelsschutzgesetz in die Gewerbeordnung neu eingefügten § 35 b den Behörden die Handhabe gegeben werden, besonders unzuverlässige Personen, deren Unzuverlässigkeit durch ein Gerichtsurteil festgestellt wird, aus bestimmten Zweigen des Handels zu entfernen. Hiernach kann die Ausübung des Handels mit Gegenständen des täglichen Bedarfs untersagt werden, wenn sich aus einer rechtskräftigen Verurteilung des Handeltreibenden wegen Betrugs oder einer anderen strafbaren

Verletzung fremden Vermögens oder wegen Wuchers oder aus wiederholter Verurteilung des Handeltreibenden wegen schweren Verstoßes gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb seine Unzuverlässigkeit in Bezug auf den Gewerbebetrieb ergibt. Die Untersagung erfolgt auf unbestimmte Zeit, die Landeszentralbehörde oder die von ihr bestimmte Behörde kann jedoch die Wiederaufnahme des Handels gestatten, wenn seit der Untersagung ein Jahr verflossen ist (§ 35 b Abs. II Gew.O.). Die Bedeutung der neuen Vorschrift des § 35 b der Gewerbeordnung ist im Hinblick auf die immer noch geltende Vorschrift des viel allgemeiner gefaßten § 20 der Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 13. Juli 1923 (RGBl. 1 S. 706)[97]) gering. Hiernach ist der Handel mit Gegenständen des täglichen Bedarfs von der zuständigen Behörde zu untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Handeltreibende die für den Handelsbetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, wobei die Untersagung auf den Handel mit bestimmten Gegenständen beschränkt werden kann.

Weiter ist § 42 b Abs. I der Gewerbeordnung durch das Einzelhandelsschutzgesetz dahin ergänzt worden, daß durch Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde die Erteilung einer auf Grund des § 42 b Abs. I angeordneten polizeilichen Genehmigung zur Ausübung des Straßenhandels von dem Nachweis des Bedürfnisses abhängig gemacht werden kann. Ob ein Bedürfnis für den Straßenhandel an einem bestimmten Ort vorliegt oder nicht, hängt von den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen des in Betracht kommenden Platzes ab. Die Berücksichtigung dieser Umstände soll es gestatten, den Straßenhandel, der an vielen Plätzen des Reiches eine außerordentliche Übersetzung zeigt, wieder auf ein vertretbares und gerechtfertigtes Maß zurückzuführen.

---

97) In der Fassung der Verordnung vom 26. Juni 1924 des Gesetzes vom 19. Juli 1926, des Lebensmittelgesetzes vom 5. Juli 1927 und der Gesetze vom 23. März 1934 und 19. Dezember 1935 (RGBl. 1924 1 S. 661; 1926 1 S. 413; 1927 1 S. 134; 1934 1 S. 213; 1935 1 S. 1516).

V. Die Einzelhandelssperre im Verhältnis zu anderen Errichtungsbeschränkungen.

Neben dem Einzelhandelsschutzgesetz bestehen eine Reihe von gesetzlichen Vorschriften, die den Einzelhandel mit gewissen Gegenständen von dem Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig machen. Es erhebt sich hier immer die Frage, ob die Bestimmungen des Einzelhandelsschutzgesetzes neben dem jeweiligen Sondergesetz (kumulativ) oder nur dieses allein als lex specialis zur Anwendung zu kommen hat.

Nur in ganz wenigen Fällen hat der Gesetzgeber selbst diese Frage beantwortet. So schreibt die Durchführungsverordnung zum Einzelhandelsschutzgesetz in Ziff. VI ausdrücklich vor, daß die Vorschriften des Einzelhandelsschutzgesetzes auf Tankstellen keine Anwendung finden, solange auf Grund des Gesetzes über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15. Juli 1933 (RGBl. I S. 488) für die Errichtung und Erweiterung von Tankstellen besondere Anordnungen bestehen. Da die Anordnung des Reichswirtschaftsministers über Beschränkungen des Tankstellennetzes vom 24. Juli 1934 (Reichsanzeiger Nr. 171) noch in Geltung ist, richtet sich die Neuerrichtung und Erweiterung von Tankstellen ausschließlich nach diesen Sondervorschriften.

Weiter hat der Reichswirtschaftsminister durch Runderlaß vom 10. Juli 1936 — V 14097/36 — entschieden, daß Anträge auf Errichtung von Verkaufsstellen, in denen nur die der Getreideverordnung unterworfenen Waren vertrieben werden sollen, allein und unmittelbar vom Getreidewirtschaftsverband entschieden werden. Damit ist die Verordnung zur Ordnung der Getreidewirtschaft vom 10. Juli 1935 (RGBl. 1 S. 1006), die im § 11 für den Einzelhandel mit Getreide, Erzeugnissen hieraus, Brot und anderen Backwaren oder Teigwaren, die Genehmigung der Hauptvereinigung der deutschen Getreidewirtschaft vorschreibt, als ein das Einzelhandelsschutzgesetz ausschließendes Spezialgesetz erklärt worden; einer Ausnahmebewilligung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz bedarf es daher nicht mehr. Derselbe Runderlaß hat jedoch ausdrücklich festgestellt, daß der Antragsteller auch noch einer Genehmigung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz bedarf, wenn in der beabsich-

tigten Verkaufsstelle außer den der Getreideverordnung unterworfenen Waren noch andere Artikel geführt werden sollen.

Abgesehen von diesen beiden Fällen muß die Verwaltungsbehörde immer prüfen, in welchem Verhältnis die nur für bestimmte Waren geltende gesetzliche Errichtungs- und Übernahmebeschränkung zu der allgemeinen Beschränkung des Einzelhandelsschutzgesetzes steht. Gewisse Anhaltspunkte wird immer eine Gegenüberstellung des Ziels, das der Gesetzgeber mit den beiden Gesetzen verfolgt, geben. Schafft ein derartiger Vergleich noch nicht volle Klarheit, so ist im Einzelfall zu untersuchen, ob das in Frage stehende Spezialgesetz die Ausübung des betreffenden Gewerbes an dieselben Voraussetzungen wie das Einzelhandelsschutzgesetz knüpft, d. h. ob bereits nach dem Spezialgesetz von dem Gewerbetreibenden der Nachweis der erforderlichen Sachkunde und die persönliche Zuverlässigkeit verlangt wird und die Bedürfnisfrage in demselben Umfang wie nach der Durchführungsverordnung zum Einzelhandelsschutzgesetz zu prüfen ist. Ist dies der Fall, so genügt die Genehmigung nach dem Sondergesetz. Geht jedoch das Sondergesetz von ganz anderen Gesichtspunkten als das Einzelhandelsschutzgesetz aus, findet insbesondere eines der drei Erfordernisse, von denen die Genehmigung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz abhängt, keine Beachtung, so ist neben der Genehmigung nach dem Sondergesetz auch noch die Genehmigung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erforderlich.

Unter Beachtung dieser Grundlage ergibt ein Vergleich der wichtigsten Sondergesetze mit dem Einzelhandelsschutzgesetz folgendes Bild:

Der gewerbsmäßige Handel mit Schußwaffen und Munition ist nach § 5 des Schußwaffengesetzes vom 12. April 1928 (RGBl. I S. 413)[98]) genehmigungspflichtig. Die Genehmigung ist nicht von fest umrissenen Voraussetzungen abhängig gemacht. Die Entscheidung ist vielmehr dem pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde überlassen. Dabei gewinnt auch die Frage der Sachkunde und Zuverlässigkeit schon aus sicherheitspolizeilichen Gründen Bedeutung. Die Genehmigung darf jedoch nach § 5 Abs. II in Verbin-

98) Geändert durch Notverordnung vom 8. Dezember 1931 8. Teil Kapitel I (RGBl. 1931 I S. 699, 742).

dung mit § 2 Abs. II nicht von der Prüfung der Bedürfnisfrage abhängig gemacht werden. Nachdem im Schußwaffengesetz eine der drei Voraussetzungen, von denen nach dem Einzelhandelsschutzgesetz die Genehmigung abhängig ist, noch keine Beachtung gefunden hat, ist neben der Genehmigung nach dem Schußwaffengesetz auch noch die Ausnahmebewilligung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erforderlich[99]).

Der Milchhandel ist erlaubnispflichtig nach § 14 des Milchgesetzes vom 31. Juli 1930 (RGBl. I S. 421)[100]). Das Milchgesetz verfolgt denselben Grundgedanken wie das Einzelhandelsschutzgesetz. Unzuverlässige und sachunkundige Personen sollen von der Milchwirtschaft ferngehalten werden. Das Milchgesetz schreibt daher in § 14 Abs. V vor, daß die Erlaubnis zum Milchhandel nur erteilt werden darf, wenn der Unternehmer die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt und die Personen, die für den milchwirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens verantwortlich sind, über die hierfür notwendige Sachkunde verfügen. Nachdem der Bedürfnisfrage dadurch Rechnung zu tragen ist, daß die Erlaubnis nur erteilt wird, wenn anzunehmen ist, daß der Unternehmer eine von der zuständigen Behörde festzusetzende Mindestmenge in den Verkehr bringt (§ 14 Abs. V Ziff. 6 des Milchgesetzes), werden bereits nach dem Milchgesetz die für die Zulassung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erforderlichen Voraussetzungen geprüft. Die Genehmigung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz ist deshalb nicht mehr erforderlich[101]). Soll die geplante Verkaufsstelle neben Milch noch andere Waren, z. B. Kolonialwaren führen, so ist auch die Genehmigung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erforderlich, da sich die Prüfung nac hdem Milchgesetz auf diesen Teil nicht erstreckt[102]).

Anders ist die Rechtslage beim Kleinhandel mit Branntwein. Wer den Kleinhandel mit Branntwein betreiben will, d. h. Branntwein in

---

99) So auch Oesterle in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1936 S. 414.

100) Geändert durch Notverordnung vom 23. März 1933 und durch Gesetz vom 20. Juli 1933 (RGBl. I S. 143, 527).

101) So auch Oesterle in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1936 S. 414; anderer Ansicht Clauß in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1935 S. 1432.

102) Oesterle a. a. O.

Mengen bis zu 3 L entgeltlich verabfolgen will[103]), bedarf der Erlaubnis nach § 1 des Gaststättengesetzes. Die Erlaubnis darf nach § 1 Abs. II des Gaststättengesetzes nur erteilt werden, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen wird und der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt (§ 2 Abs. I Ziff. 1 des Gaststättengesetzes). Da jedoch im Gaststättengesetz die Sachkunde noch keine Beachtung findet, ist für den Kleinhandel mit Branntwein sowohl die Erlaubnis nach dem Gaststättengesetz, wie nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erforderlich.

Der Aufbau der deutschen Wirtschaft bringt es in steigendem Maße mit sich, daß den Organisationen, die an der Spitze der einzelnen Wirtschaftszweige stehen, entscheidender Einfluß auf die Zulassung zu den einzelnen Gewerben eingeräumt wird. Die Verordnung zur Regelung des Verkehrs mit Schlachtvieh vom 27. Februar 1935 (RGBl. I S. 301)[104]) schreibt in § 14 u. a. eine besondere Genehmigung für den Handel mit Fleisch und Fleischwaren vor. Der für die Entscheidung zuständige Viehwirtschaftsverband muß die Genehmigung beim Vorliegen eines wirtschaftlichen Bedürfnisses erteilen; sie soll erteilt werden, wenn eine Gefährdung bestehender Betriebe und eine Übersetzung des Gewerbezweiges nicht zu befürchten ist. Zu einer Prüfung der Sachkunde und der persönlichen Zuverlässigkeit, wie sie nach dem Einzelhandelsschutzgesetz durchzuführen ist, ist der Viehwirtschaftsverband nicht befugt. Soll der Verkauf von Fleisch und Fleischwaren in einer Verkaufsstelle im Sinne des Einzelhandelsschutzgesetzes betrieben werden, so ist neben der Genehmigung des Viehwirtschaftsverbandes die Ausnahmebewilligung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erforderlich[105]). Besondere berufsständische Regelungen bestehen auch für die Personen, die bei der Erzeugung, der Wiedergabe, der geistigen oder technischen Verarbeitung, Erhaltung, dem Absatz und der Vermittlung des Absatzes von Kulturgut mitwirken. Diese müssen

103) Vgl. § 9 der Verordnung des Reichswirtschaftsmin. zur Ausführung des Gaststättengesetzes vom 20. Juni 1930 (RGBl. I S. 191), geändert durch Verordnung vom 21. Juli 1933 (RGBl. I S. 392).

104) Geändert durch die Verordnungen vom 4. Juli 1935, 7. Januar und 8. April 1936 RGBl. 1935 I S. 1045; 1936 I S. 5, 366).

105) Clauß in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin S. 35 S. 1432.

nach § 4 der ersten Verordnung zur Durchführung des Reichskulturkammergesetzes vom 1. November 1933 (RGBl. I S. 797) Mitglieder der Reichskulturkammer sein. Damit setzt also auch der Einzelhandel die Zugehörigkeit zur Reichskulturkammer voraus. Da die Zwangsmitgliedschaft bei der Reichskulturkammer lediglich bezweckt, die Angehörigen der von ihr erfaßten Tätigkeitszweige zusammenzuschließen, um unter Führung des Reichsministers für Volksaufklärung und Propaganda die deutsche Kultur in Verantwortung für Volk und Reich zu fördern und für die wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten der ihr angehörigen Gruppen einen Ausgleich zu schaffen (§ 3 der angeführten Verordnung), bleibt die Genehmigungspflicht nach dem Einzelhandelsschutzgesetz unberührt[106]).

Schließlich ist noch zu untersuchen, wie ein Geschäftsbetrieb, dessen Ausübung nach einer Verfügung der Verwaltungsbehörde auf Grund der Vorschrift des § 35 b der Gewerbeordnung oder des § 20 der Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 13. Juli 1923 (RGBl. I S. 706)[107]) untersagt worden ist, nach dem Einzelhandelsschutzgesetz zu behandeln ist, wenn die Verwaltungsbehörde nach Ablauf der in § 35 b der Gewerbeordnung bezw. in § 24 der Verordnung vom 13. Juli 1923 festgesetzten Mindestfrist die Wiederaufnahme des Handelsbetriebs gestattet. In diesen Fällen ist davon auszugehen, daß die Untersagung des Handels in jedem Falle unbefristet erfolgt und daher in keinem Falle feststeht, ob die Wiederaufnahme des Handelsbetriebs jemals wieder stattfindet. Es handelt sich somit in keinem Falle nur um eine vorübergehende Schließung einer Verkaufsstelle, auch wenn der Geschäftsinhaber sich bereits bei der Untersagung des von ihm betriebenen Handels mit der Absicht trägt, nach Ablauf der gesetzlichen Mindestfrist um die Erlaubnis, den Handelsbetrieb wieder aufnehmen zu dürfen, einzugehen. Die Folge ist, daß wie bei jeder Neuerrichtung die Ausnahmebewilligung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erforderlich ist, die nur zu erteilen ist, wenn die Voraussetzungen der Durchführungsverordnung gegeben sind.

VI. Vergleich zwischen dem Recht zum Schutz des Einzelhandels und der neuen Handwerksgesetzgebung.

Auchfür das Handwerk, das neben dem Einzelhandel unter der Wirtschaftskrise besonders schwer zu leiden hatte, ist die schrankenlose Gewerbefreiheit aufgehoben. Der Gesetzgeber ist hier nicht dieselben Wege wie beim Einzelhandel gegangen, obwohl Handwerk und Einzelhandel oft ineinander übergreifen und insbesondere das Handwerk sich häufig in Form eines Hilfsbetriebs oder eines Zubehörgeschäfts auf dem Gebiete des Einzelhandels betätigt.

Nach § 1 Abs. I der dritten Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 (RGBl. I S. 15)[108]) ist der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen Personen gestattet. Nach § 3 derselben Verordnung wird in die Handwerksrolle nur eingetragen, wer die Meisterprüfung für das von ihm betriebene oder für ein diesem verwandtes Handwerk bestanden hat. In besonderen Fällen können auf Grund einer besonderen Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde, Personen, die in einem Betriebe der Industrie eine Ausbildung als Facharbeiter erhalten haben und als solche tätig gewesen sind, in die Handwerksrolle eingetragen werden.

Die Führung eines selbständigen Handwerksbetriebs ist also grundsätzlich davon abhängig, daß der Handwerker seine Sachkunde durch eine erfolgreich abgelegte Meisterprüfung nachgewiesen hat. Eine Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit findet nicht statt. Ebenso kann der Handwerksmeister überall seinen Betrieb eröffnen, auch wenn durch den neuen Betrieb für die bereits bestehenden gleichartigen Handwerksbetriebe die Gefahr einer außergewöhnlichen Übersetzung herbeigeführt wird.

---

106) Oesterle in „Wirtschaftsblatt der Industrie- und Handelskammer zu Berlin" 1936 S. 414.

107) Gültig in der Fassung der Verordnung vom 26. Juni 1924, des Gesetzes vom 19. Juli 1926, des Lebensmittelgesetzes vom 5. Juli 1927 und der Gesetze vom 23 März 1934 und 19. Dezember 1935. RGBl. 1924 I S. 661, 1926 I S. 413, 1927 I S. 134, 1934 I S. 213, 1935 I S 1516.

108) Geändert durch Verordnung vom 22. Januar 1936 (RGBl. I S. 42).

Wenn man von der Stellung des Handwerks und des Einzelhandels im Wirtschaftsleben ausgeht, so kann man keinen durchschlagenden Grund dafür finden, daß die Zulassung zu den beiden Berufen unter so verschiedenen Voraussetzungen erfolgt. Abgesehen davon, daß das Handwerk nicht selten in der Form des Hilfsbetriebs und des Zubehörgeschäfts in den Einzelhandel übergreift, erfordern gewisse Handwerkszweige in weit höherem Maße zuverlässige Personen als der Einzelhandel. Der Kunde muß dem Handwerker häufig Zutritt in seine Wohnung gewähren und ist in allen Fällen, in denen das Entgelt, das der Handwerker erhält, zum Teil in Arbeitslohn besteht, auf die Ehrlichkeit des Handwerksmeisters bei der Berechnung der geleisteten Arbeit angewiesen.

Schon dieser kurze Vergleich zeigt, daß dem Einzelhandelsschutzgesetz trotz mancher Mängel gegenüber der Handwerksgesetzgebung der Vorzug zu geben ist. Und es bleibt nur zu hoffen, daß die beiden so verwandten Stände Einzelhandel und Handwerk einmal eine berufsständische Regelung erhalten, die in ihren Grundzügen nicht, wie gegenwärtig, so wesentliche Unterschiede zeigt und die sich in weitem Maße an die bewährten Grundsätze des Einzelhandelsschutzgesetzes anlehnt.